

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Äriõiguse ja intellektuaalse omandi õppetool

Sandra-Kristin Noot

**VÕIMALUSED VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMISEKS EESTIS TOIMUVAS
VAHEKOHTUMENETLUSES**

Magistritöö

Juhendaja
MJur Maarja Torga

Tartu 2014

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE VAHEKOHTU KOKKULEPPE KEHTIVUSE HINDAMISEL	9
1.1. Poolte kokkuleppest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel.....	9
1.2. Vahekohtumenetluse asukohariigi õigusest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel	14
1.2.1. Välisriigi õiguse kohaldamine, kui vahekohtumenetluse istungid toimuvad Eestis	14
1.2.2. Välisriigi õiguse kohaldamine, kui vahekohtumenetluse õiguslik asukoht on Eesti	17
1.3. Põhivaidlusele kohalduvast välisriigi materiaalõigusest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel.....	21
2. VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE PÕHIVAILLUSE LAHENDAMISEL	24
2.1. Poolte kokkuleppest tulenev välisriigi õiguse kohaldamine põhivaidluse lahendamisel	24
2.1.1. Poolte valikuobjektiks olev välisriigi „õigus“	24
2.1.1.1. Terviklik õiguskord kui valitav välisriigi „õigus“	24
2.1.1.2. Üksikud õigusaktid kui valitav välisriigi „õigus“	27
2.1.1.3. Rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktid kui valitav välisriigi „õigus“	29
2.1.2. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt poolte kokkuleppest lahendada vaidlus „õigluse põhimõttel“ TsMS § 742 lg 3 kohaselt	35
2.2. „Seadusest“ tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine põhivaidluse lahendamisel TsMS § 742 lg 2 kohaselt	39
2.2.1. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest.....	39
2.2.1.1. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt Rooma I, Rooma II määrustest ning Rooma konventsioonist	39

2.2.1.2. Välisriigi õiguse kohaldamine lähtudes EL-i õiguse otsekohaldatavusest ning ülimuslikkusest ning selle kohaldamata jätmise võimalikud tagajärjed.....	47
2.2.2. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt REÕS-ist.....	54
2.2.3. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt Eestiga sõlmitud õigusabilepingutest	56
2.2.4. Välisriigi õiguse kui kolmanda riigi „imperatiivsete sätete“ kohaldamine ja nende kohaldamata jätmise tagajärjed sõltumata põhivaidlusele kohalduvast õigusest ...	58
2.2.4.1. Kolmandate riikide imperatiivsete sätete sisu ja kohaldamise eeldused	58
2.2.4.2. Kolmandate riikide imperatiivsete sätete kohaldamata jätmise võimalikud tagajärjed	64
KOKKUVÕTE	68
Possibilities of Foreign Law Application in Estonian Arbitration Proceedings (Summary) ...	74
KASUTATUD LÜHENDID	79
KASUTATUD ALLIKAD	81

SISSEJUHATUS

Eesti Kaubandus-Tööstuskoja (EKTK) kodulehelt nähtub, et EKTK Arbitraažikohtus¹ lahendatakse igal aastal keskmiselt 6 rahvusvahelist vaidlust.² Eelnev näitab seda, et Eesti on asukohaks ka rahvusvahelistele vahekohtumenetlustele, mille puhul ei piirduta vaid Eesti õiguse kohaldamisega vaidluse lahendamisel. Kuigi vastav number ei ole suur, on see piisavalt kõnekas, et saaks rääkida rahvusvahelise vahekohtumenetluse praktika olemasolust. Kui rahvusvaheliste vahekohtumenetluste arv Eestis peaks kasvama, siis see tähendab ka seda, et vastava valdkonnaga tuleb Eesti õiguspraktikutel ka järjest rohkem kokku puutuda.

Sõltuvalt ühe või teise välisriigi õiguse kohaldamisest, võib lõplik vahekohtu otsus olla erinev. Seega põhivaidluse lahendamise kõrval võib vaidlusaluseks olla ka asjaolu, millist õigust tuleks vahekohtumenetluses kohaldada. Vahekohtumenetlust reguleerib Eesti tsiviilkohtumenetluse seadustiku³ (TsMS) 14. osa. Põhivaidlusele kohalduvat õigust vahekohtumenetluses reguleerib TsMS § 742. Peab aga tõdema, et TsMS vahekohtumenetluses kohalduva õiguse regulatsioon on mõnevõrra puudlik, kuna see ei reguleeri vahekohtumenetluses kohalduvat õigust ammendavalt. Esiteks ei reguleeri TsMS kohalduvat õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks. TsMS § 742 sõnastusest ei tulene, kas vastav paragrahv kohaldub ka vahekohtu kokkulepetele kohalduva õiguse määramisel. Vahekohtu kokkuleppele ning põhivaidlusele kohalduva õiguse eristus tuleneb sellest, et vahekohtumenetluses kehtib nn eraldatavuse põhimõte⁴, mille kohaselt tuleb eristada vahekohtu kokkuleppe kehtivust põhilepingust, ning seetõttu ei ole välistatud, et vahekohtu kokkuleppele ning põhivaidlusele kohalduvad erinevate välisriikide õigused. Teiseks jätab TsMS § 742 lg 1 selgusetuks, millistes konkreetsetes põhivaidlusele kohalduvates „õigusaktides“ võivad pooled kokku leppida. Kolmandaks sätestab TsMS § 742 lg 2, et poolte kokkuleppe puudumisel tuleneb kohalduv õigus „seadusest“. Antud säte on mõistmatu, kuna ei ole aru saada, millist „seadust“ on seadusandja silmas pidanud. Vastust küsimusele, millisest „seadusest“ tuleneb põhivaidlusele kohalduv õigus

¹ Käesoleva magistritöö autor kasutab antud juhul terminit „arbitraažikohus“ seetõttu, et EKTK kodulehelt nähtub vastava vahekohtu ametlik nimi sellisel kujul. Ülejäänud magistritöö kontekstis kasutatakse terminit „vahekohus“.

² Täpsem info ning statistika on kättesaadav Kaubandus-Tööstuskoja kodulehel seisuga 29. mai 2012. a: <http://www.koda.ee/?id=17747>. (01.05.2014).

³ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I 2005, 26, 197...RT I, 09.10.2013, 11.

⁴ Riigikohus on selgitanud näiteks, et põhilepingu tühisus ei too kaasa ka vahekohtu kokkuleppe tühisust, millega on seega Riigikohus tunnistanud eraldatavuse põhimõtet vahekohtumenetluses. Vt lähemalt *Olle Veisserik vs AS Lonessa*. Riigikohtu 15.04.2004 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-34-04, p 20, (edaspidi „*Olle Veisserik vs AS Lonessa*“).

poolte kokkuleppe puudumisel, ei ole võimalik leida ka TsMS eelnõu seletuskirjast⁵. Kohalduvast õigusest sõltub, milliseks osutub lõpplahendus nii vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kui ka põhivaidlust lahendades. Kui aga vahekohtumenetluses kohalduva õiguse osas on seadusandlus puudulik, siis ei ole menetluses osalevate isikute õigused täielikult kaitstud ning puudub ka võimalus arvestatava vahekohtualase praktika tekkimiseks Eestis. Käesolevas magistritöös on tuginetud eeldusele, et vaidlust lahendama on valitud alaliselt tegutsev ETKK Arbitraažikohus ning ka Arbitraažikohtu reglement⁶.

TsMS-is sisalduva vahekohtumenetluses kohalduva õiguse ebaselguse lahendamiseks on käesoleva magistritöö eesmärgiks uurida, millised on võimalused välisriigi õiguse kohaldamiseks Eestis toimivas vahekohtumenetluses tulenevalt TsMS §-st 742. Sellest tulenevalt on käesolev magistritöö jaotatud kahte suuremasse peatükki. Magistritöö esimeses peatükis uuritakse välisriigi õiguse kohaldamise võimalusi vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Selleks vaadatakse esiteks, kas TsMS § 742 oleks kohaldatav ka vahekohtu kokkuleppele. Juhul kui TsMS §-st 742 tulenevalt on võimalik kohalduv õigus määrata ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, siis kas TsMS-i regulatsioon lubab pooltel vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses ise kokku leppida ning sellisel juhul, millised saaksid olla poolte kohalduva õiguse valikud vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks. Kui aga pooled ei ole vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses kokku leppinud, siis analüüsitakse, kas vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kohalduv õigus võiks tuleneda selle riigi õigusest, kus on poolte poolt määratud vahekohtu asukoht või hoopis selle riigi õigusest, mille õigus kohaldub vahekohtumenetluses ka põhivaidlusele. Kuna TsMS ei reguleeri otsesõnu olukorda, millest lähtuvalt tuleks vahekohtu kokkuleppele kohalduv õigus määrata poolte konkreetse kokkuleppe puudumisel, siis tuleb pöörduda teiste võimaluste poole, mis kaudselt viitavad ühe või teise välisriigi õiguse kohaldamise kasuks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel.

Magistritöö teine peatükk keskendub erinevatele võimalustele kohaldada põhivaidlusele välisriigi õigust. Teise peatüki alajaotus lähtub TsMS § 742 struktuurist, mille kohaselt esiteks tuleb põhivaidlusele kohalduv õigus poolte kokkuleppest (TsMS § 742 lg 1) ning teiseks poolte kokkuleppe puudumisel tulenevalt „seadusest“ (TsMS § 742 lg 2). TsMS eelnõu seletuskirjas on välja toodud liigitus, mille kohaselt on pooltel võimalik kokku leppida

⁵ Tsiviilkohtumenetluse seadustiku eelnõu seletuskiri. 208 SE I. Kättesaadav Riigikogu kodulehelt: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=033370012 (01.05.2014). (Edaspidi „TsMS eelnõu seletuskiri“).

⁶ Kättesaadav Kaubandus-Tööstuskoja kodulehelt: http://www.koda.ee/public/Failid/Reglement_2013.pdf (01.05.2014). (Edaspidi „ETKK reglement“).

põhivaidlusele kohalduvas õiguses kas välisriigi terviklikus õiguskorras, välisriigi üksikutes õigusaktides või hoopis rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktides. Kokkuleppeliselt on võimalik vahekohtumenetluses põhivaidlus lahendada ka õigluse põhimõttest lähtuvalt (TsMS § 742 lg 3). Magistritöös analüüsitakse, millised on poolte kokkuleppe piirid põhivaidlusele kohalduva õiguse osas ning millised probleemid võivad kaasneda ühe või teise kohalduva õiguse valikuga. Lisaks keskendub magistritöö teine peatükk TsMS § 742 lg 2 tõlgendamisele. TsMS § 742 lg 2 sätestab, et kui pooled ei ole kohaldatavas õiguses kokku leppinud ja kohaldatav õigus ei tulene ka seadusest, kohaldab vahekohus Eesti õigust. Eelduslikult tuleks TsMS § 742 lg-s 2 kasutatud mõistet „seadusest“ sisustada selliselt, et rahvusvahelise vaidluse korral Eestis toimuv vahekohus peaks lähtuma põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest st kas Euroopa Liidu (EL) rahvusvahelise eraõiguse sätetest, rahvusvahelise eraõiguse seadusest⁷ (REÕS) või Eesti sõlmitud mitmepoolsetest õigusabilepingutest. TsMS ei anna vahekohtunikele võimalust ise otsustada, millised kollisioonireeglid oleksid asjakohased põhivaidlusele kohalduva õiguse määramiseks, vaid viitab üksnes „seadusele“. Kuna riiklik kohus peab lähtuma kohalduva õiguse määramisel rahvusvahelise vaidluse korral EL-i rahvusvahelise eraõiguse sätetest, REÕS-ist või Eesti sõlmitud õigusabilepingutest, siis võiks sama kehtida ka Eestis toimivas vahekohtumenetluses. Magistritöös uuritakse, kas EL-i õigusaktide kollisiooninormide kohaldamine saaks vahekohtunikele olla ka kohustuslik tulenevalt EL-i õiguse otsekohaldatavuse ning ülimuslikkuse põhimõttest. Tulenevalt „seadusest“ võivad vahekohtumenetluses kohalduda ka kolmandate riikide imperatiivsed sätted, mis ei oma otsest seost pooltevahelise vaidlusega ega vaidlusele kohalduva õigusega. Magistritöös uuritakse, mille järgi kolmandate riikide imperatiivsed sätteid ära tunda ning millisel juhul tuleks vastavaid imperatiivsed sätted Eestis toimivas vahekohtumenetluses kohaldada eesmärgiga tagada vahekohtu otsuse hilisem tunnustamine ja täitmine välisriigi riikliku kohtu poolt.

Eestis toimivas vahekohtumenetluses välisriigi õiguse kohaldamise võimalusi ei ole siiani Eesti õiguskirjanduses lähemalt uuritud. Ühtlasi puuduvad vastavas osas ka TsMS-i kommentaarid. Ainsa õppe- ning erialakirjandusena käsitleb Eesti vahekohtumenetluses kohalduvat õigust 2003. aastal esmakordselt ilmunud ja Eesti ülikoolides kasutusel olev Rahvusvahelise eraõiguse õpik.⁸ Õpikus ei käsitleta süvitsi erinevaid võimalusi vahekohtu kokkuleppele ning põhivaidlusele kohalduva õiguse määramiseks. Muuhulgas ei käsitle õpik ka võimalust kohaldada vahekohtumenetluses EL-i õigusaktide kollisiooninorme ning Eesti

⁷ Rahvusvahelise eraõiguse seadus. - RT I 2002, 35, 217...RT I 2002, 35, 217.

⁸ I. Nurmela, L. Almann, P. Punison, P.-M. Põldvere, V. Tuulas, M. Vainomaa. Rahvusvaheline eraõigus. Tallinn: Juura 2008, lk 295-300. (Edaspidi „I. Nurmela jt. *Rahvusvaheline eraõigus*“).

sõlmitud õigusabilepinguid. Magistritöö kirjutamise ajal on ilmunud ka *Juridica* 2014. a esimene väljaanne vaidluste kohtuvälise lahendamise meetodite kohta, kus on käsitletud ülevaatlilikult kogu Eesti vahekohtumenetluse regulatsiooni vastavust UNCITRAL-i mudelseadusele⁹ ning rahvusvahelisele vahekohtupraktikale.¹⁰ Kuna aga vastav käsitlus on esitatud artiklina, ei ole selles süvitsi analüüsitud Eestis toimivas vahekohtumenetluses välisriigi õiguse kohaldamise võimalusi.

Eestis toimivas vahekohtumenetluses välisriigi õiguse kohaldamise probleemide uurimisel on võrdlusena kasutatud Ühendkuningriigi vahekohtumenetlust reguleerivat õigusakti *Arbitration Act*¹¹ ja kohtupraktikat. Seda põhjusel, et Ühendkuningriigis on (vastupidiselt Eestile) põhjalik vahekohtumenetluse praktika ning selle valdkonnaga seonduv õigusteooria juba välja kujunenud.¹² Lisaks sarnaselt TsMS-ile on ka *Arbitration Act* koostatud UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul, mistõttu võiks Eesti vahekohtumenetluses kohalduva õiguse reguleerimata valdkondades eeskuju võtta just Ühendkuningriigi praktikast. Siinkohal ei oma tähtsust ka asjaolu, et Ühendkuningriik on teise õigussüsteemiga riik kui Eesti, kuna vahekohtumenetlus on universaalne menetlus, mis enamjaolt ei erista üldise õiguse või Mandri-Euroopa õiguse menetluslike erinevusi.¹³ Magistritöö põhiallikaks on TsMS, kuna Eestis toimivas vahekohtumenetluses kohaldub Eesti riigisisene protseduuriõigus.¹⁴ Töö teisteks allikateks on rahvusvahelist vahekohtumenetlust reguleerivad õigusaktid. Nendeks on New Yorgi 1958. aasta välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon¹⁵ ning UNCITRAL-i mudelseadus. UNCITRAL-i mudelseadus on Eestile siduv

⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. (01.05.2014). (Edaspidi „UNCITRAL-i mudelseadus“).

¹⁰ P.-M. Põldvere. Kaheksa aastat mudelseadust: kas Eesti vahekohtumenetlus vastab mudelile? - *Juridica* 2014/1, lk 17-33.

¹¹ Arbitration Act 1996. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (01.05.2014). (Edaspidi „Arbitration Act“).

¹² Ülemaailmse uuringu kohaselt, 40% küsitletutest on vahekohtumenetluses kohaldanud Ühendkuningriigi õigust, mis oli protsentuaalselt kõige rohkem kohaldatud õigus vahekohtumenetluses. Uuring viidi läbi rahvusvahelise advokaadibüroo White & Case poolt aastal 2012. aastal. Available at: <http://arbitrationpractices.whitecase.com/news/newsdetail.aspx?news=3786> (01.05.2014).

¹³ Samas aga tulenevalt üldise õiguse ning Mandri-Euroopa põhimõttelistest menetluslikest erinevustest võivad pooled vahekohtumenetluses vaielda selle üle, kas vahekohtumenetluses võiks olla lubatud tunnistajate risküsitlemine või mitte. Kuna Mandri-Euroopa õiguskorraga riikide arusaam risküsitlusest on sootuks erinev üldise õiguse õiguskorraga riikides kehtivast risküsitlusest, siis võib sellisel juhul tekkida teatav konflikt.

¹⁴ TsMS § 712 lg 1 sätestab, et käesolevas osas sätestatud kohaldatakse Eestis toimuvale vahekohtumenetlusele, kui seadusega või välislepingus ei ole ette nähtud teisiti. Autori märkus: protseduuriõigusest võib kohalduda ka välisriigi õigus vahekohtumenetluses.

¹⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf (01.05.2014). (Edaspidi „NYC“); Eesti suhtes jõustus NYC 28.11.1993. Välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon (mitteametlik tõlge). - RT II 1993, 21, 51. TsMS § 754 lg-st 1 tulenevalt välisriigi vahekohtute otsuseid

seetõttu, kuna selle mudelseaduse põhjal on koostatud TsMS-i vahekohtumenetlust käsitlev 14. peatükk. Lisaks on magistritöö teisteks allikateks Euroopa Kohtu praktika ja EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktid Rooma I määrus¹⁶, Rooma II määrus¹⁷ ning Rooma konventsioon¹⁸, mis reguleerivad lepingulistele ning lepinguvälistele suhetele kohalduvat õigust. Teisteks allikateks on ka Eesti rahvusvahelise eraõiguse õigusaktid nagu REÕS ning Eesti sõlmitud õigusabilepingud Vene Föderatsiooniga¹⁹ ja Ukrainaga²⁰. Teiseste allikate hulka kuulub ka rahvusvahelist vahekohtumenetlust käsitlev õiguskirjandus.

Käesoleva magistritöö näol on tegemist kvalitatiivse uurimusega ning töö eesmärkide saavutamiseks on kasutatud võrdlev-analüütilist uurimismeetodit. Töö kvalitatiivsus avaldub selles, et TsMS-i regulatsiooni vahekohtumenetluses kohalduva õiguse osas on analüüsitud teoreetiliselt ning võrdlev-analüütiliselt on vastavast regulatsioonist tulenevaid probleeme proovitud lahendada rahvusvahelises vahekohtualases õiguskirjanduses käibivates mudelites, kohtupraktikas ning vahekohtumenetlust reguleerivates õigusaktides sätestatuga. Lisaks on proovitud leida lahendust vahekohtumenetluses kohalduva õiguse probleemidele analoogia korras EL-i õiguses sätestatuga.

Magistritöö hüpoteesideks on esiteks, et lisaks TsMS §-is 742 sätestatule eksisteerib veel võimalusi, kuidas saab Eestis toimivas vahekohtumenetluses tulla kohaldamisele mõne välisriigi õigus. Teiseks on autor seisukohal, et TsMS § 742 on oma sõnastuses ebakorrektnes ning võib tekitada mitmetimõistetavaid olukordi, mistõttu oleks vajalik ilmselt muuta vastava sätte sõnastust. Kuna ETKK reglemendi vahekohtumenetluses kohalduva õiguse säte § 18 on peaaegu identne TsMS §-ga 742, siis tuleks muuta vastavalt ka ETKK reglemendi § 18 sõnastust. Magistritöö järeldusest tulenevad ettepanekud TsMS § 742 ning ETKK reglemendi § 18 muutmiseks on esitatud käesoleva magistritöö kokkuvõttes.

tunnustatakse ja võetakse Eestis täitmisele üksnes vastavalt New Yorgi 1958. aasta välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioonile ja teistele välislepingutele.

¹⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 17.06.2008 määrus (EÜ) nr 593/2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I”). – ELT L 177/6, 04.07.2008, lk 6-16. (Edaspidi „Rooma I määrus“).

¹⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.07.2007. a määrus (EÜ) nr 864/2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohalduva õiguse kohta („Rooma II“). – ELT L 199, 31.7.2007, lk 40-49. (Edaspidi „Rooma II määrus“).

¹⁸ 19. juunil 1980. aastal Roomas allakirjutamiseks avatud lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse konventsioon. - ELT C 169, 08.07.2005, lk 11-22. (Edaspidi „Rooma konventsioon“).

¹⁹ Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades. - RT II 1993, 16, 27. (Edaspidi „Eesti-Vene õigusabileping“).

²⁰ Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades. - RT II 1995, 13, 63. (Edaspidi „Eesti-Ukraina õigusabileping“).

1. VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE VAHEKOHTU KOKKULEPPE KEHTIVUSE HINDAMISEL

1.1. Poolte kokkuleppest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel

Esimene võimalus Eesti vahekohtul kohaldada välisriigi õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks oleks siis, kui pooled on selles kokku leppinud. TsMS § 717 lg 1 sätestab, et vahekohtu kokkuleppe on poolte kokkuleppe anda vahekohtu lahendada nende vahel tekkinud või tekkida võivast kindlaksmääratud lepingulisest või lepinguvälisest suhtest tulenev vaidlus. Sama paragrahvi lõike 2 kohaselt võib vahekohtu kokkuleppe sõlmida iseseisva kokkuleppena või lepingu osaks oleva eristatava tingimusena. Sisuliselt on tegemist justkui kohtualluvuse kokkuleppega sarnaselt riiklikus kohtus toimuva menetluse puhul. TsMS § 730 lg 1 teise lause kohaselt tuleb vahekohtu kokkulepet käsitada ülejäänud lepingutingimustest sõltumatu kokkuleppena. Viimasena mainitud sättega tunnistab TsMS vahekohtumenetluses kehtivat „eraldatavuse põhimõtet“, mille kohaselt tuleb käsitleda „kokkulepet lahendada vaidlus vahekohtus“ eraldiseisvana poolte vahel sõlmitud põhilepingust.²¹ Vahekohtumenetluses kohaldatavat õigust reguleerib TsMS § 742, mille sõnastusest nähtub, et § 742 kehtib siiski vaid põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel. Samas aga eraldatavuse põhimõttest tulenevalt võib kohalduda vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel ühe riigi õigus ning samal ajal põhivaidlusele aga teise riigi õigus. Kuna TsMS kohaldatava õiguse säte § 742 ei anna esmapilgul vastust, mille järgi tuleks määratleda kohalduv õigus ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, siis on käesoleva alapeatüki eesmärk välja selgitada esiteks, kas TsMS toetab rahvusvahelises vahekohtumenetluses levinud praktikat, mille kohaselt võivad pooled ise vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses kokku leppida TsMS § 742 lg 1 kohaselt, ja teiseks, millised on võimalikud kohaldatava õiguse variandid, milles pooled saavad kokku leppida vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks.

Eelnevalt sai sissejuhatavalt selgitatud, et vahekohtumenetluses kehtib eraldatavuse põhimõte, mille kohaselt tuleb selgelt eristada vahekohtu kokkulepet poolte vahel sõlmitud

²¹ Rahvusvahelise vahekohtumenetluse õiguskirjanduses kasutatakse väljendeid *separability of the arbitration agreement* (ingl) või ka *the principle of severability* (ingl). Eraldatavuse põhimõtte kohta rahvusvahelises vahekohtumenetluses vt lähemalt: G. B. Born. *International Commercial Arbitration* Vol 1. Amsterdam: Kluwer Law International 2009, pp 311-407 (edaspidi „G. B. Born“); J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, New York: Kluwer Law International 2003, paras 6–7.24 (edaspidi „Lew/Mistelis/Kröll“).

põhilepingust.²² Eraldatavuse põhimõttest tulenevalt ei mõjuta põhilepingu kehtivus vahekohtu kokkuleppe kehtivust, kuna poolte vahel sõlmitud põhileping ning vahekohtu kokkulepe on kaks eraldiseisvat lepingut, kus mõlemale kokkuleppele võib kohalduda erinevate riikide õigus. Eraldatavuse põhimõtet on tunnistanud ka Eesti madalama astme kohtud, mille näitena saab tuua Tallinna Ringkonnakohtu 2007. aasta lahendit, kus kohus selgitas, et üürilepingu tühisuse korral ei muutu automaatselt kehtetuks lepingus olev vahekohtu kokkuleppe klausel.²³ Juhul kui TsMS § 717 lg-st 1 ning § 730 lg 1 teisest lausest tulenevalt Eesti kohtud tunnustavad eraldatavuse põhimõtet, sealjuures rõhutades, et vahekohtu kokkulepe on eraldiseisev kokkulepe poolte vahel sõlmitud põhilepingust, siis peavad tulenema kohaldatava õiguse võimalikud viisid vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks samuti TsMS-ist. Seevastu pole aga käesoleva magistritöö autorile teada mitte ühtegi vaidlust riiklikus kohtus, mis käsitleks vahekohtu kokkuleppele kohaldatava õiguse temaatikat. Kohtustatistika ning kohtulahendite andmekogus (KOLA) kui ka Riigi Teatajas puuduvad lahendid alates 2001. aastast kuni käesoleva magistritöö kirjutamise ajani, kus vaidluse esemeks oleks olnud just vahekohtu kokkuleppele kohaldatav õigus.²⁴

TsMS § 717 lg 1 ning § 730 lg 1 teise lausega tunnustavad vahekohtu kokkuleppe ning põhilepingu eraldiseisvust, kuid TsMS § 742 reguleerib kohaldatavat õigust vaid põhivaidluse jaoks. Seega tuleb leida vastus küsimusele, kas TsMS § 742 ning täpsemalt selle paragrahvi lõige 1 oleks kohaldatav ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohaldatava õiguse leidmisel. TsMS § 742 pealkiri on „kohaldatav õigus“ ning sama paragrahvi esimese lõike kohaselt kohaldab vahekohus vaidluse lahendamisel õigusakte, mille kohaldamises on pooled kokku leppinud. „Vaidluse lahendamine“ võib ette tulla ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, mistõttu grammatiliselt tõlgendades võiks TsMS § 742 kohalduda ka vahekohtu kokkuleppele, kuna TsMS § 712 lg 1 kohaselt kohaldatakse TsMS-i 14. osa Eestis toimuvale vahekohtumenetlusele, kui seadusega või välislepingus ei ole ette nähtud teisiti.²⁵ Lisaks on võimalik TsMS § 751 lg 1 p 2 alusel vahekohtu otsus tühistada riikliku kohtu poolt, kui on tõendatud, et vahekohtu kokkulepe on tühine Eesti või mõne muu riigi õiguse kohaselt, mille

²² *Olle Veisserik vs AS Lonessa*, p 20, (*op.cit.*).

²³ *AS D vs OÜ K*. Tallinna Ringkonnakohtu 28.02.2007 määrus tsiviilasjas nr 2-06-9525.

²⁴ Samuti on praktika puudumist nenditud ka rahvusvahelises kogumikus erinevate riikide vahekohtumenetluse kohta (Eestit puudutavas osas). Vt S. Finizio. *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration* 2012, 9th ed. A practical cross-border insight into International arbitration work. London: Global Legal Group 2012, p 171.

²⁵ Sama seisukoht on leidnud toetamist ka Eesti õiguskirjanduses, vt I. Nurmela jt. *Rahvusvaheline eraõigus*, lk 298, (*op.cit.*).

alusel *pooled otsustasid hinnata* vahekohtu kokkuleppe kehtivust.²⁶ Sellest tulenevalt saab aga järeldada, et TsMS toetab poolte kohalduva õiguse kokkuleppe sõlmimist vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, mistõttu saab omakorda järeldada, et ka TsMS § 742 lg 1 oleks kohaldatav vahekohtu kokkulepetele.

Olles veendunud, et TsMS § 742 võiks kohalduda ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, saab samast paragrahvi lõikest 1 tuleneda ka pooltele võimalus valida vahekohtu kokkuleppele kohalduv õigus eraldi kokkuleppes.²⁷ Üldjuhul pooled lepivad harva kokku vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses, kuna praktikas ei pruugi pooled rõhku panna vahekohtu kokkuleppe ning põhilepingu eraldatavusele või nad ei ole sellisest eristatavusest üldsegi teadlikult, et vahekohtumenetluses võib mitu erinevat õigust korraga kohalduda. Näiteks on ETKK Arbitraazikohtu kodulehel²⁸ välja pakutud erinevaid võimalusi vahekohtu kokkuleppe näidistena, mida pooled võiksid oma lepingutes kasutada. Samas aga ükski näidisklausel ei sisalda eraldi kokkulepet vahekohtu kokkuleppele kohalduva õiguse kohta. ETKK Arbitraazikohtu näidisklauslites kohalduva õiguse puudumine vahekohtu kokkulepete kehtivuse hindamisel ei välista aga poolte võimalust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduvas õiguses siiski eraldi kokku leppida TsMS § 742 lg 1 kohaselt. Seega TsMS § 742 lg 1 sõnastusest tuleneks, et kohalduvaks õiguseks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel võib olla kas õigusakt või mõne riigi õigus. „Õigusakti“ all tuleks mõelda materiaalõigust, mis reguleeriks poolte vahel kokkulepete sõlmimise tingimusi. Sellisel juhul on võimalik, et pooled on kokku leppinud vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel mõne välisriigi materiaalõiguse kohaldamises, mille kohaselt tuleb hinnata vahekohtu kokkuleppe kehtivust sellesama välisriigi materiaalõiguse järgi. Paralleelselt kokkulepitud välisriigi materiaalõigusega kohalduvad ka TsMS-ist tulenevad vorminõuded vahekohtu kokkuleppele (eeldusel, et vahekohtumenetlus toimub Eestis).²⁹ Seega on

²⁶ Sarnaselt Eestiga ka Ühendkuningriigi *Arbitration Act* § 103(2) kohaselt keeldub riiklik kohus vahekohtu otsuse tunnustamisest ning täitmisest, kui on tõendatud, et vahekohtu kokkulepe on tühine selle õiguse kohaselt, mis oli poolte vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamise aluseks (vrdl TsMS § 751 lg 1 p 2).

²⁷ Enamike Euroopa riikide vahekohtu seadusandlused annavad pooltele võimaluse vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses kokku leppida. Nii näiteks Ühendkuningriigi *Arbitration Act*'i § 7 kirjeldab vahekohtu kokkuleppe eraldatavust põhilepingust. Samuti ka näiteks Itaalia Tsiviilkoodeksi (*Code of Civil Procedure*) artikli 808 kohaselt on vahekohtu kokkuleppe kehtivus sõltumatu põhilepingu kehtivusest. Sarnases sõnastuses on vastav põhimõte ka Hollandi Tsiviilkoodeksi (*Code of Civil Procedure*) artiklis 1053. - Code of Civil Procedure (Italy). Unofficial English version. Available at: <http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Arbitration%20acts/Italian%20Code%20of%20Civil%20Procedure.pdf> (01.05.2014); Code of Civil Procedure (Dutch). Unofficial English version. Available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm> (01.05.2014).

²⁸ Vahekohtu kokkulepete näidised on kättesaadavad ETKK Arbitraazikohtu kodulehelt: <http://www.koda.ee/teenused/arbitraazikohus-2/naidis-arbitraaziklauslid/> (01.05.2014).

²⁹ TsMS § 719 kohaselt on vahekohtu kokkuleppe vorminõuded järgmised: vahekohtu kokkulepe peab olema sõlmitud kirjalikult taasesitatavas vormis. Vahekohtu kokkulepe võib sisalduda ka kinnituskirjas (lg 1). Kui

vahekohtu kokkulepe nn hübriid-kokkulepe, mis hõlmab endas nii lepingulisi kui ka protseduurilisi omadusi³⁰, mistõttu ei takista TsMS §-de 718 ning 719 kohaldumine ka mõne välisriigi materiaalõiguse kohaldumist vahekohtu kokkuleppele tulenevalt poolte kokkuleppest.³¹ TsMS eelnõu seletuskirja kohaselt saavad pooled kokku leppida kohalduva õiguse osas kas välisriigi terviklikus õiguskorras, välisriigi üksikutes õigusaktides või siis üldse rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktides, mis võimaldavad hinnata vahekohtu kokkuleppe kehtivust.³² Antud liigitus lähtub TsMS eelnõu seletuskirjas toodud loetelust, millised võiksid olla võimalused pooltel kokku leppida küll põhivaidlusele kohalduvas õiguses. Kuna TsMS § 742 lg 1, mis reguleerib otsesõnu küll põhivaidlusele kohalduvat õigust, oleks kohaldatav ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduva õiguse leidmisel, siis võiksid pooled kokku leppida ka nendes võimalikes variantides vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduvas õiguses, mida loetleb TsMS eelnõu seletuskiri. Kuna käesoleva magistritöö 2. osa alapeatükkides 2.1.1.1.-2.1.1.3. on põhjalikumalt analüüsitud võimalikke variante, milles pooled saavad põhivaidlusele kohalduva õigusena kokku leppida, ning vastavad on kohaldatavad ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, siis on otstarbeks viidata, et poolte jaoks kohalduva õiguse vahekohtu võimalikud materiaalõiguslikud variandid kokkuleppe kehtivuse hindamiseks on samad, mis alapeatükkides 2.1.1.1.-2.1.1.3 põhivaidlusele kohalduva õiguse puhul.

Kokkulepe teatud välisriigi õiguses, mille kohaselt hinnatakse vahekohtu kokkuleppe kehtivust, võiks reeglina olla selline õigus, mis tagaks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse. Erinevates riikides võivad erinevad vaidlused kuuluda vahekohtus lahendamisele, sellest tulenevalt võib juhtuda, et pooled on valinud näiteks kohalduvaks õiguseks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel sellise välisriigi õiguse, mille kohaselt oleks pooltevaheline

vahekohtu kokkuleppe pool on tarbija, peab kokkulepe sisalduma tarbija omakäeliselt allakirjutatud või digitaalallkirjaga varustatud dokumendis (lg 2). Vorminõude järgimata jätmine ei mõjuta kokkuleppe kehtivust, kui pooled nõustuvad vaidluse lahendamisega vahekohtus (lg 3).

³⁰ Vahekohtu kokkuleppe olemuse üle on vahekohtualases õiguskirjanduses palju vaieldud ning sellest tulenevalt on välja joonistunud kolm koolkonda, kellest esimesed peavad vahekohtu kokkulepet lepinguliselt kokkuleppeks, teised aga protseduuriliseks kokkuleppeks ning kolmandad leiavad, et vahekohtu kokkulepe on esimesest kahest koosnev hübriid-kokkulepe. Vt lähemalt J. Walker. Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement. - Journal of Law and Commerce 2005/1, pp 153-165; S. Kröll. Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application. - Journal of Law and Commerce 2005/1, pp 39-57; lisaks vaata veel G. B. Born, pp 185-186; A. J. Bělohávek. The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration. In M. Roth, M. Giestlinger (eds.). Yearbook of International Arbitration. Vienna-Graz: Intersentia/DIKE/NWV 2012, pp 21-50. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2193907 (01.05.2014).

³¹ TsMS § 718 reguleerib vahekohtu kokkuleppe kehtivust ning § 719 reguleerib ahekohtu kokkuleppe vormi.

³² Antud jaotuses lähtutakse välisriigi õigusest seetõttu, et käesolev magistritöö ei analüüsi Eesti õiguse võimalikku kohaldamist vahekohtumenetluses. Loomulikult ei ole pooltel välistatud kokku leppida ka Eesti õiguse kohaldamises TsMS § 742 lg 1 kohaselt, mis aga ei ole käesoleva magistritöö uurimisobjektiks.

tegelik vahekohtu kokkuleppe üldsegi tühine. Sellisel juhul võib vahekohus otsustada³³, et ta hindab vahekohtu kokkuleppe kehtivust mõne muu riigi õiguse kohaselt, et oleks tagatud vahekohtumenetluses üks tähtsamaid põhimõtteid – vahekohtu kokkuleppe kehtivuse garanteerimine. Seega isegi kui pooled on valinud vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduvaks õiguseks kas välisriigi tervikliku õiguskorra (näiteks Saksa õigus), välisriigi üksikud õigusaktid (näiteks Saksa *Bürgerliches Gesetzbuch*³⁴) või hoopis rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktid (näiteks *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT Principles*³⁵), siis tuleb alati arvestada sellega, et kui mingisugusel põhjusel kokkuleppeline kohalduv õigus muudaks vahekohtu kokkuleppe kehtetuks, kuid samas eksisteerib alternatiivne võimalus kohaldada muud õigust, mis jätkaks vahekohtu kokkuleppe kehtima, siis võib vahekohus otsustada sellise välisriigi õiguse kasuks, mis tagab vahekohtu kokkuleppe kehtivuse.

Seega eraldatavuse põhimõttest tulenevalt võib kohalduda vahekohtu kokkuleppele erinev välisriigi õigus, kui põhivaidlusele. TsMS-i asjakohaseid sätteid (§ 712 lg 1, § 717 lg 1, § 730 lg 1 teine lause, § 751 lg 1 p 2) tõlgendades saab tõdeda, et TsMS-i kohaldatava õiguse säte kehtiks ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduva õiguse leidmisel, mistõttu on § 742 lg-st 1 tulenevalt pooltel õigus kokku leppida vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduvas õiguses. Selleks võiks olla kas välisriigi terviklik õiguskord, välisriigi üksikud õigusaktid või hoopis rahvusvahelisel tasandil väljatöötatud õigusaktid, mida on lähemalt käsitletud käesoleva magistritöö alapeatükkides 2.1.1.1.-2.1.1.3. poolte kokkuleppest põhivaidlusele tuleneva kohalduva õiguse raames. Kuna aga harva lepivad pooled vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduvas õiguses kokku, siis reeglina tuleb vahekohtu kokkuleppele kohalduv õigus määrata teistest erinevatest meetoditest tulenevalt, millest tuleb juttu järgnevatel alapeatükkides.

³³ Saksa kohtupraktikast saab näitena tuua kaasuse, kus Saksa Liidu Ülemkohus (*Bundesgerichtshof ehk BGH*) leidis, et kuigi vahekohtu kokkuleppe vorminõuded ei olnud täidetud Saksa tsiviilkohtumenetluse seadustiku (ZPO) § 1031 ning NYC artikli 2(2) kohaselt, mis nägid ette, et vahekohtu kokkuleppe peab olema kirjalikus vormis (vastupidine tingiks vahekohtu kokkuleppe mittekehtivuse), siis juhindudes NYC artiklist 7(1) võib kohus vahekohtu kokkuleppele kohaldada kokkuleppe jaoks soodsamat õigust (sh materiaalsoodsamat õigust) vorminõuete osas, mis tagaks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse. Saksa riigikohus leidis, et selliseks õiguseks oleks Hollandi õigus, mille kohaselt vahekohtu kokkuleppe oleks kehtiv. Vt lähemalt BGH, 21.09.2005, III ZB 18/05, SchiedsVZ 2005, 306; lisaks on ka Ühendkuningriigi praktika selline, mis toetab lähenemist, et tähtis on kohalduva õiguse valikul lähtuda sellest, kas vahekohtu kokkuleppe on ühe või teise riigi õiguse kohaselt kehtiv. Vt lähemalt *Hamlyn & Co. v Talisker Distillery and Others*, 10.05.1894, House of Lords, [1894] A.C. 202.

³⁴ Saksa tsiviilkoodeks (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*). – BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738...BGBI. I S. 831.

³⁵ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994. Second version was amended in 2004, and third version was amended in 2010. Last version is available at: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (01.05.2014).

1.2. Vahekohtumenetluse asukohariigi õigusest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel

1.2.1. Välisriigi õiguse kohaldamine, kui vahekohtumenetluse istungid toimuvad Eestis

Kuna pooled ei pruugi kokku leppida vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses, on võimalik, et vahekohtu kokkuleppele peab välisriigi õigust kohaldama tulenevalt teistest viisidest. Õiguskirjanduses toetatakse reeglina kahe erineva võimaluse kohaldamist kohalduva õiguse määramisel vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, milleks on õiguse kohaldamine *lex arbitri* või *lex causae* järgi.³⁶ Käesolevas alapeatükis käsitletakse välisriigi õiguse võimalikku kohaldamist vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks *lex arbitri* järgi.³⁷ *Lex arbitri* on vahekohtumenetlusele kohalduvad protseduurireeglid ning reeglina on need selle riigi protseduurireeglid, kus toimub vahekohtumenetlus.³⁸ Seega kui rääkida käesoleva magistritöös raames, et vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kohalduv õigus on tuletatav selle välisriigi õigusest, mille *lex arbitri* on menetluses kohaldatav, siis reeglina on välisriigi *lex arbitri* sama riigi protseduuriõigus, mis ühtlasi tähistab ka vahekohtumenetluse asukohta. Üldjuhul on vastavad protseduurireeglid iga riigi vahekohtumenetlust reguleerivas õigusaktis või siis tsiviilkohtumenetluse seaduse üks osa (nagu Eestis).³⁹

Tavaliselt määratlevad pooled ära vahekohtu kokkuleppes vahekohtumenetluse asukoha ehk nn *seat of arbitration* või *locus arbitri*, mis tähistab seda asukohta (riiki), millega on vahekohtumenetlus juriidiliselt seotud.⁴⁰ Tuleb aga tähelepanu juhtida, et näiteks TsMS sisaldab kahte paragrahvi vahekohtumenetluse osas, mille pealkirjaks on mõlemal

³⁶ Vt lähemalt A. Redfern, M. Hunter, *et al.* Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet & Maxwell 2004, 4th ed., p 149, para 2-87 (edaspidi „A. Redfern, A. Hunter“); G. B. Born, pp 446, 448-449, (*op.cit.*); K. Drlićková. The Law Applicable to Arbitration Agreements – “*Lex Arbitri*” or “*Lex Causae*” of the Principal Contract? in A. J. Bělohávek, Č. Filip, N. Rozehnalová (eds.). Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives), Vol III. Huntington, New York: Juris 2013, pp 71-87; I. Nurmela jt. Rahvusvaheline eraõigus, lk 298, (*op.cit.*).

³⁷ Vahekohtu kokkuleppele *lex causae* järgi kohalduva õiguse kohta vt magistritöö alapeatükki 1.3.

³⁸ A. Redfern, M. Hunter, p 203, para 3-76, (*op.cit.*).

³⁹ Etteruttavalt olgu mainitud, et eraldi on võimalik pooltel kokku leppida ka vahekohtumenetlust reguleerivates protseduurireeglites, mis võivad olla mõne alalise vahekohtu institutsionaalsed reeglid.

⁴⁰ A. Redfern, M. Hunter, p 112, para 2-15, (*op.cit.*). Ühendkuningriigi kohtupraktikas on öeldud vahekohtumenetluse asukoha kindlaks määramise vajalikkuse kohta väga tabavalt: „Vahekohtumenetluse asukoha kindlaks määramine on vajalik selleks, et vahekohtumenetlusel oleks kindel õiguslik raamistik, milles toimida, selle asemel, et ulpida riikidevahelises taeva laotuses sealjuures seondumata ühegi riikliku õiguskorraga“. – *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA*, 28.06.1983, Court of Appeal (Civil Division), [1984] Q.B. 291, [1983] 3 W.L.R. 783.

„vahekohtumenetluse koht“.⁴¹ Kui vastav vahekohtumenetluse asukoht on kindlaks määratud mõne välisriigi kasuks, mis ei ole Eesti, siis ei ole välistatud, et istungid võivad toimuda Eestis. Vahekohtumenetluse istungite toimumiskoht ei ole kuidagi seotud kindlaks määratud vahekohtumenetluse asukohaga⁴², kuna istungite toimumiskoht võib lähtuda ka ainult geograafilisest paiknemisest ning mugavusest⁴³ poolte jaoks pidada vahekohtumenetluse istung just Eestis, kuigi vahekohtumenetluse asukohaks on määratud mõni muu riik. Seega istungite pidamise koha asukohariigi õigusega ei pruugi pooled üldse tuttavad olla, mistõttu pooled ei soovi viimase kohaldumist ka vahekohtumenetlusele. Istungite toimumiskoht on valitud lähtudes muudest võimalikest kaalutlustest, mis reeglina ei tohiks vahekohtumenetluse kulgu mõjutada. Seega tuleb vahet teha vahekohtumenetluse asukohariigil ning istungite toimumise asukohariigil.

Vahekohtumenetluse kindlaks määratud asukohal (nn *seat*) on oluline tähtsus kohalduva õiguse määramisel. Kui pooled on valinud vahekohtumenetluse asukohaks mõne välisriigi, siis kohalduvad vahekohtumenetlusele selle välisriigi protseduurireedid.⁴⁴ Vahekohtumenetluse asukoha valik näitab selgelt, millise riigi õigusega soovivad pooled vahekohtumenetluses seotud olla. Eelnevast tulenevalt on näiteks Ühendkuningriigi kohtupraktikas leitud, et vahekohtu kokkuleppele kohalduva õiguse määramine kokkuleppe puudumisel on kõige õigem vahekohtumenetluse asukohariigi õiguse ehk *lex arbitri* kohaselt.⁴⁵ See tähendab seda, et kui pooled on valinud vahekohtumenetluse asukohariigiks mõne välisriigi, siis sellest tulenevalt kohaldub sellesama välisriigi õigus ka vahekohtu

⁴¹ TsMS § 733 ning § 712.

⁴² Ühendkuningriigi kohtupraktika rõhutab, et vahekohtumenetluse asukohal ning istungite toimumise asukohal tuleb kindlalt vahet teha, kuna vastavalt nendele eri riikidele võivad kohalduda erineva riigi õigused, mis võivad viia erinevate tulemusteni. Vt lähemalt *Dubai Islamic Bank PJSC v Paymentech Merchant Services Inc*, 27.10.2000, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2001] C.L.C. 173.

⁴³ Samasugust seisukohta on toetanud ka Ühendkuningriigi kohtupraktika, kus vahekohtumenetluse istungite asukoht oli mugavusest tulenevalt mujal kui kindlaks määratud *locus arbitri*. Vt *Shashoua v Sharma*, 07.05.2009, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2009] 1 C.L.C. 716, para 26. Kuid näiteks Ühendkuningriigi Arbitration Act § 34 kommentaaride kohaselt, mis määratleb ära protseduurilised ning tõenduslikud toimingud, ei saa olla ainsaks põhjuseks, miks vahekohtumenetluse istung võiks toimuda mõnes muus riigis olla see, et nii oleks ainult vahekohtunike jaoks mugav. Seega peab vajadus pidada istungit mujal riigis tulenema veel lisaks muudest faktoritest. Vt lähemalt B. Harris, R. Planterose, J. Tecks. *The Arbitration Act: A Commentary*, 4th ed., Cornwall: Blackwell Publishing 2008, p 173, (edaspidi „*Arbitration Act Commentary*“).

⁴⁴ Lisaks on pooltel võimalik kohaldada ka institutsionaalseid protseduurireegleid, mis on seotud mõne institutsionaalse vahekohtuga. Näiteks ETKK Arbitraažikohus ja ETKK reglement, LCIA (*London Court of International Arbitration*) ja sellekohased protseduurireedid (*LCIA Arbitration Rules*), SCC (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*) ja sellekohased protseduurireedid (*SCC Rules*). Seega välisriigi riigisisene vahekohtumenetluse regulatsioon ning konkreetse vahekohtu reeglistik kohalduvad paralleelselt täiendades teineteist.

⁴⁵ *XL Insurance Ltd v Owens Corning*, 28.07.2000, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2001] C.P. Rep. 22, [2001] C.L.C. 914.; *C v D*, 05.12.2007, Court of Appeal (Civil Division), [2008] Bus. L.R. 843, [2008] C.P. Rep. 11, [2007] 2 C.L.C. 930.

kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Vahekohtumenetluse asukohariigi õiguse kohaldamist vahekohtu kokkuleppele toetab muuhulgas asjaolu, et pooled soovivad valida vahekohtumenetluse asukohaks mõne neutraalse riigi, mille õiguse kohaldumisest ei saa otseselt kasu kumbki pool.⁴⁶ Samas aga ei saa *a priori* eeldada seda, et kui pooled valivad põhivaidlusele kohalduva õiguse, siis peaks seesama õigus ka vahekohtu kokkuleppele kohalduma. Seetõttu ongi mõistlikum lähtuda sellest, et vahekohtu kokkuleppele kohaldub selle (välis)riigi õigus, mis on poolte poolt määratud vahekohtumenetluse asukohana. Seega kui vahekohtumenetluse asukoht on kokkuleppeliselt mõnes välisriigis, siis tuleb sellegipoolest Eestis läbiviidava istungi raames kohaldada vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel selle välisriigi õigust, mis ühtlasi tähistab ka vahekohtumenetluse asukohta.

Juhul kui pooled on valinud vaidlust lahendavaks institutsiooniks ETKK Arbitraažikohtu, siis ETKK reglemendist ei tulene, et vahekohtumenetluse asukoht peab ilmselgelt olema Eesti olema. Vastupidist järeldust ei saa tuletada ka asjaolust, et ETKK Arbitraažikohus on alaline (institutsionaalne) vahekohus⁴⁷ ning et ETKK Arbitraažikohtu kodulehel olevad näidisklauslid sisaldavad viidet, et vaidlus lahendatakse Tallinnas.⁴⁸ Seega ei ole sugugi välistatud olukord, mil pooled valivad vaidlust lahendama ETKK Arbitraažikohtu, sealjuures mõningad istungid toimuvad Eestis, kuid vahekohtu kokkuleppes on määratletud vahekohtumenetluse asukohaks mõni välisriik.⁴⁹ Seda enam tuleb ETKK reglemendi § 25 lg 1 kohaselt ETKK Arbitraažikohtul määrata asja arutamise aeg ja koht arvestades võimaluse korral poolte arvamust.

Ühtlasi on ETKK reglement koostatud selliselt, et on arvestatud 1985. aasta UNCITRAL-i mudelseaduse eesmärgiga, et reglement oleks ka rahvusvaheliste vaidluste jaoks sobilik.⁵⁰ UNCITRAL-i mudelseaduse (1985) artikli 20(1) kohaselt võivad pooled kokku leppida vahekohtumenetluse asukohas.⁵¹ Sama artikli lõike 2 kohaselt aga taoline poolte kokkulepe ei piira vahekohtunike võimalust pidada istungit mujal, kuulata üle tunnistajaid või eksperte

⁴⁶ Vt näiteks A. Redfern, M. Hunter, pp 26-27, para 1-42, (*op.cit.*).

⁴⁷ ETKK reglemendi § 1 lg 1 kohaselt ETKK Arbitraažikohus kui alaliselt tegutsev vahekohus lahendab eraõigussuhetest, sealhulgas ka väliskaubandus - ja muudest rahvusvahelistest majandussuhetest tulenevaid vaidlusi.

⁴⁸ Lihtne näidisklausel ETKK Arbitraažikohtu kodulehelt (*op.cit.*): „Kõik Lepingust tulenevad vaidlused lahendatakse Eesti Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtus Tallinnas selle Arbitraažikohtu reglemendi alusel.“

⁴⁹ Nii näiteks institutsionaalse vahekohtu LCIA vahekohtumenetluse reeglite artikli 16(1) kohaselt võivad pooled ise valida vahekohtumenetluse asukoha.

⁵⁰ A. Pohla. UNCITRAL-i mudelseadus kui võimalik alus Eesti vahekohtu seaduse vastuvõtmisel. – *Juridica* 1995/5, lk 207.

⁵¹ UNCITRAL-i mudelseaduse artikkel 20(1) kasutab väljendit „*place of arbitration*“.

ning teha muid tarvilikke toiminguid, kui vastupidiselt ei ole poolte poolt kokku lepitud. Seega kui EGTK reglement on koostatud UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul (nagu ka TsMS), siis lähtuvalt UNCITRAL-i mudelseaduse vastava artikli mõttest, võib eeldada, et ka EGTK reglemendist ei tulene piiranguid vahekohtunikele pidada vahekohtumenetluse istungeid mujal riigis, mis ei ole ära määratletud *locus arbitri* ehk vahekohtumenetluse asukohana.

Eelnevast tulenevalt on seega võimalik olukord, mil vahekohtumenetluse asukohariigiks on määratud välisriik, kuid suurem osa istungitest toimub EGTK Arbitraažikohtus ja Tallinnas. Sellisel juhul peab vahekohus lahendama vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisest tuleneva vaidluse *lex arbitri* ehk sellisel juhul täpsemalt selle välisriigi õiguse alusel, mis ühtlasi on valitud poolte poolt vahekohtu asukohaks.

1.2.2. Välisriigi õiguse kohaldamine, kui vahekohtumenetluse õiguslik asukoht on Eesti

Käesolevas alapeatükis tuleb analüüsimisele võimalik olukord, mil vahekohtumenetluse asukohariigiks (nn *seat*) on määratud Eesti, kuid näiteks mõned istungid toimuvad mõnes välisriigis. On küsitav, kas sellisel juhul peaks Eestis asuv vahekohus vaid mõne istungi tõttu kohaldama välisriigi õigust, ning kas selle kohaldatava välisriigi õiguse põhjal saab hinnata ka vahekohtu kokkuleppe kehtivust. Käesolevas alapeatükis analüüsitakse, kas istungite toimumiskoht saab mõjutada kohalduvat õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, ning kui tulemus on eitav, siis kas eksisteerib mõnu muu põhjus, miks Eestis toimuv vahekohus peaks arvesse võtma mõne välisriigi õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel seoses sellega, et mõni istung toimus välisriigis.

Tulenevalt TsMS § 733 lg 1 esimesest lausest võivad pooled ära määratleda, et vahekohtumenetluse asukohaks (*locus arbitri*) on Eesti. TsMS § 712 lg-st 1 tulenevalt kohaldatakse TsMS-i vastavat 14. osa seega Eestis toimuvale vahekohtumenetlusele kui just seadusest või välislepingust ei tulene teisiti, mistõttu kohaldub protseduurireeglitena (*lex arbitri*) TsMS. Samuti tunnistab TsMS § 716 lg 1 ka paralleelselt kohalduvaid institutsionaalseid menetlusreegleid, milleks pooled võivad näiteks valida EGTK reglemendi eeldusel, et pooled on otsustanud vaidluse selles institutsionaalses vahekohtu lahendada.⁵²

⁵² TsMS § 716 lg 1 kohaselt kui pooled on kokku leppinud vahekohtumenetluse alaliselt tegutsevas vahekohtus, eeldatakse, et poolte kokkulepe hõlmab ka vahekohtu reglemendis või muus vahekohtumenetluse kohta käivas dokumendis ettenähtud menetlusreegleid. Samas aga TsMS § 732 lg 2 kordab poolte võimalust ise

Ei ole välistatud, et vaidluse käigus võib tekkida vajadus pidada mõni vahekohtuistung mõnes teises riigis tulenevalt erinevatest põhjustest.⁵³ TsMS § 733 lg 2 jaatab võimalust pidada vahekohtuistungit mõnes välisriigis näiteks põhjustel, milleks võib olla kas kogunemine tunnistajate, ekspertide või poolte ärakuulamiseks, vahekohtu liikmete nõupidamiseks või asjadega või dokumentidega tutvumiseks seal, kus ta seda sobivaks peab. Samas aga TsMS-i sama paragrahv piirab antud võimalust jällegi poolte kokkuleppega.

Seega kuna TsMS jaatab vahekohtu võimalust pidada vahekohtumenetluse istung mõnes muus riigis, siis kerkib küsimus, kas välisriigis kehtiv õigus võib mõjutada vahekohtumenetlust, eriti seoses kohalduva õigusega vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Vastava istungi asukohariigi (välisriigi) õigus ei ole aga eespool määratletud definitsioonist lähtuvalt *lex arbitri*, kuna see ei ole poolte poolt kindlaks määratud vahekohtumenetluse asukohariigi õigus (käesoleva alapeatüki raames Eesti õigus). Situatsioonis, kus vahekohtumenetluse asukohariigiks on poolte poolt kindlaks määratud Eesti, kohaldub järelikult protseduuriõigusena Eesti õigus. Tulenevalt TsMS § 733 lg-st 2 võib vahekohus koguneda näiteks tunnistajate ärakuulamiseks Prantsusmaal (tulenevalt sellest, et tunnistajad paiknevad Prantsusmaal), siis sellisel juhul Eestis paiknev vahekohus peab arvestama Prantsusmaal kehtivate menetlusreeglitega, mis reguleerivad näiteks tunnistajate ärakuulamist.⁵⁴ Küsitav on, kas vahekohus peab arvestama välisriigi teatavate menetlusreeglitega lisaks ka välisriigi selliste normidega, mis reguleerivad vahekohtu kokkuleppe kehtivust. Alljärgnevalt on käsitletud probleemilahendust.

Esmalt tuleks selgitada, mille põhjal üldse hinnatakse vahekohtu kokkuleppe kehtivust, et mõista, mida üldse välisriigi õigus võiks vahekohtu kokkuleppe puhul mõjutada. Vahekohtu kokkuleppe kehtivus jaguneb reeglina kaheks: vormiline ning sisuline kehtivus. Vormiline kehtivus eeldab eeskätt vahekohtu kokkuleppe kirjalikku vormi⁵⁵ ja sisuline kehtivus puudutab reeglina poolte tahet lahendada vaidlus vahekohtus ning vaidluse eseme arbitreeritavust.⁵⁶ Kui vahekohtumenetluse istung peetakse mõnes välisriigis, siis sellest

menetluskorras kokku leppida või viidata mõne vahekohtu reglemendile, kuid piirab vastavat vabadust keeluga kõrvale kalduda käesolevas osas kohustuslikult sätestatust.

⁵³ Vastavalt TsMS eelnõu seletuskirjale võib vahekohus menetlustoiminguid teostada ka mujal, kui vahekohtumenetluse toimumise kohas.

⁵⁴ A. Redfern, M. Hunter, p 101, para 2-17, (*op.cit.*).

⁵⁵ TsMS § 719 sätestab vahekohtu kokkuleppe vorminõude.

⁵⁶ Riigikohus on leidnud, et „kokkuleppe vaidluse üleandmise kohta arbitraazikohtu lahendada peab olema selge [...]“. Vt *Balti-Ameerika Ettevõtlusfond vs Valentin Levin, Dmitri Goritski, Valentina Goritskaja, Aleksandra Shishova ja AS Star GSL (pankrotis)*. Riigikohtu 28.03.2002 määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-38-02, p 8. Seega selguse nõue tagab poolte tahte lahendada vaidlus vahekohtus, millest tulenevalt ei tõusetu edasisi probleeme vaidluse allumisega vahekohtule. Arbitreeritavuse kohta vt TsMS § 718 lg-d 1 ja 2, mis sätestab vahekohtus

tulenevalt ei muutu vahekohtumenetluse asukoht, juhul kui pooled ei lepi kokku vastupidises.⁵⁷ Seda eeskätt seetõttu, et oleks tagatud hilisem vahekohtu otsuse edukas täitmine selles riigis kooskõllaliselt NYC artikliga 5(1)(d), mis nõuab, et vahekohtumenetluse protseduurireegleid järgitaks selle riigi õiguse kohaselt, kus vahekohtumenetlus toimus. Välisriigi riigisiseste kohustuslike protseduurireeglite (nagu eespoolt sai märgitud näiteks tunnistajate ärakuulamine) järgimine ei mõjuta otseselt vahekohtu kokkuleppe kehtivust, kuna need normid ei saavuta *lex arbitri* taset. Seega eksisteerivad muud viisid, millal pooled peavad tähelepanu pöörama välisriigi õigusele seoses vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisega. Tulenevalt NYC artiklist 5(2)(a) võib asjaomane välisriik, kus näiteks tunnistajaid üle kuulati, vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keelduda, kui vahekohtu kokkulepe ei ole kehtiv sellesama riigi õiguse kohaselt, kus soovitakse vahekohtu otsust tunnustada ja täita. Seega kui näiteks Eestis tehtud vahekohtu otsust tahetakse tunnustada ja täita mõnes sellises välisriigis, kus vastavat vaidlust ei ole võimalik vahekohtus üldse lahendada (vaidluse ese ei ole arbitreeritav), siis võib asjaomane välisriik vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keelduda tuginedes NYC artiklile 5(2)(a).

Õiguskirjanduses on diskuteeritud selle üle, millise õiguse annab NYC artikkel 5(2)(a) riiklikule kohtule, kus vahekohtu otsust soovitakse tunnustada ja täita.⁵⁸ On tehtud vahetegu sisse tulenevalt sellest, kas menetluse kestel on vahekohus pidanud konkreetse välisriigi õigust muuhulgas kohaldama vaidlusele või mitte.⁵⁹ Vahetegu on oluline seetõttu, et kui vahekohtus on juba kord selle välisriigi õigust kohaldanud ükskõik, mis põhjusel, siis justkui võiks vastava välisriigi riiklik kohus keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest,

võimalikud vaidluse liigid ning piirid. Nii näiteks ei allu töölepingu lõpetamise vaidlus Eestis toimuvale vahekohtule, mistõttu sellekohale vahekohtu kokkuleppe oleks sisuliselt tühine. Vahekohtu kokkuleppe kehtivuse alustest vt lähemalt M. Torga. Vahekohtuklausli kehtetuse alused rahvusvahelistes kaubandusvaidlustes. - Juridica 2007/6, lk 386-394.

⁵⁷ TsMS § 733 ei anna *expressis verbis* pooltele sellist õigust, kuid tulenevalt poolte privaatautonomia põhimõttest võivad pooled muuta vahekohtumenetluse asukohta igal ajal. Samas aga TsMS § 745 lg 5 kohaselt peab olema vahekohtu otsuses märgitud vahekohtumenetluse koht. Seega otsuse tegemine vahekohtunike poolt on vahekohtu asukoha ära määramise ajaliseks piiriks. Samas aga tekib siinkohal küsimus, et kui vahekohtu kokkuleppe asukohariigi määramise ajaliseks piiriks on kuni vahekohtuotsuse tegemine vahekohtunike poolt, siis sellisel juhul ei saa vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduva õiguse määramisel tugineda kokku lepitud vahekohtumenetluse asukohariigi õigusele (*lex arbitri*), kuna see ei ole menetluse kestel veel poolte poolt üldse määratudki.

⁵⁸ On vaieldud selle üle, kas NYC artikkel 5(2)(a) annab riiklikule kohtule piiramatut õigust keelduda sellise vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest, mis rikub sellesama riikliku kohtu asukohariigi arbitreeritavuse reegleid. Kui selle riikliku kohtu asukohariigi õigusel pole mingisugust puutumust pooltevahelise vaidlusega vahekohtumenetluses, siis on leitud, et sellisel juhul ei võiks justkui riiklikul kohtul olla õigus tugineda NYC artiklile 5(2)(a) ning keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest. Paljude riikide kohtud on aga läinud liberaalsemat teed ning on tunnustanud ja täitnud vahekohtu otsust isegi siis, kui selles samas riigis ei oleks vastav vaidlus üldse arbitreeritav. Antud teema on ning lõpuni lahendamata ning erinevaid lähenemisi on mitmeid. Vt lähemalt G.B. Born, pp 517-528, (*op.cit.*); Lew/Mistelis/Kröll, paras 9-13, 9-18 (*op.cit.*).

⁵⁹ G. B. Born, p 518, (*op.cit.*).

kuna vaidlusel on juba teatav side selle välisriigi õigusega. Tulenevalt NYC artiklist 5(2)(a) võiks siiski välisriigi riiklikule kohtule jääda õigus keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest, kui vahekohtus oleva vaidluse ese ei oleks arbitreeritav selles välisriigis. Vastupidine tähendaks olukorda, kus näiteks vastavas välisriigis ei oleks võimalik alustada menetlust vahekohtus tulenevalt sellest, et riigisiselt on otsustatud, et teatud vaidlused ei ole arbitreeritavad, kuid kui näiteks Eestis tehtud otsust tahetakse tunnustada ja täita selles välisriigis, siis peaks välisriigi riiklik kohus eristama selgelt enda riigis tehtud vahekohtulahendeid ning Eestis tehtud vahekohtulahendeid. Taoline olukord nõuaks, et iga riiklik kohus alluks rahvusvahelisele vahekohtumenetlusele ning taganeks oma riigisisest poliitilisest suunast lubada vahekohtumenetluses menetleda vaid teatud valitud vaidlusi, mis on riigi tasandil seadusega reguleeritud. Rahvusvaheline vahekohtumenetlus peaks arvestama selliste riigisiseste iseärasustega. See viib loomulikult selleni, et pooled peavad hakkama valima, et seal riigis, kus soovitakse vahekohtu otsust tunnustada ja täita ning riigis, kus toimub vahekohtumenetlus (nn *seat*), peavad arbitreeritavuse alused kokku langema. Autori hinnangul on see paratamatus, kuna autor pooldab sellist lähenemist, et vahekohtumenetlus ei saaks olla vaid ja ainult kui „lepinguline loom“⁶⁰, milles lahendatakse vaidlus selliselt, et riigisisest seadusandlust ignoreeritakse ning samaaegselt kõik, mis vahekohtumenetluses otsustatakse, peab eranditult olema riigipoolse täitemenetluse kaitse all. Vahekohtumenetluse erinevus riiklikest kohtutest ning poolte privaatautonomial põhinev menetluse kokkuleppeline iseloom ei saa eksisteerida riigisisese seadusandluse arvelt.

Seega peaks Eestis toimuv vahekohus tähelepanu pöörama ka selle välisriigi õigusele seoses vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisega, kus tahetakse hiljem vahekohtu otsust tunnustada ja täita. Antud juhul ei ole tegemist küll välisriigi õiguse kohaldamisega sõna otsesemas mõttes, kuid siiski nõuab see teatavat arvestamist välisriigi õigusega, et vahekohtu otsuse tunnustatavus ja täidetavus oleks edukalt tagatud ka asjaomases välisriigis. Seega võib välisriigi õigusega arvestamine päevakorda tulla ka seoses Eestis tehtud vahekohtu otsusega. Ning kuna välisriigi õigusega mitteamistamine võib tuua tõsiseid tagajärgi (vahekohtu otsust keeldutakse tunnustamast ja täitmast selles välisriigis, kus soovitaks, kuna arbitreeritavuse reeglid ei ühti näiteks Eesti omadega), siis tuleb välisriigi õigusega vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel sama tähelepanuväärselt arvestada justkui peaks vahekohtumenetluses selle välisriigi õigust ka tegelikult kohaldama. Eeltoodust lähtuvalt peab istungi toimumiskoha protseduurireegleid järgima, juhul kui otsustatakse, et vahekohtuistung

⁶⁰ G. Petrochilos on nimetanud vahekohtumenetlust kujundlikult „lepinguliseks loomaks“ (ingl k *contractual animal*). Vt G. Petrochilos. *Procedural Law in International Arbitration*. New York: Oxford University Press 2004, para 2.38.

peetakse näiteks tunnistajate ülekuulamiseks mõnes välisriigis. Seoses kohaldatava õigusega vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel tuleb Eestis toimivas vahekohtumenetluses välisriigi õigusega oluliselt arvestada, kui soovitakse Eestis tehtud vahekohtu otsust selles samas välisriigis tunnustada ja täita.

1.3. Põhivaidlusele kohalduvast välisriigi materiaalõigusest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel

Käesolevas alapeatükis keskendutakse välisriigi õiguse kohaldamise võimalikkusele vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel tulenevalt põhivaidlusele kohalduvast välisriigi õigusest (ehk välisriigi õiguse kohaldamine *lex causae* järgi). Antud juhul ei pöörata tähelepanu sellele, kuidas jõutakse põhivaidlusele kohalduva õiguseni, sest sellele keskendub põhjalikumalt käesoleva magistritöö 2. peatükk, kuid on võetud eelduseks, et põhivaidlusele kohalduv õigus on mõne muu riigi õigus peale Eesti.

Kui pooled lepivad kokku, et vaidlusele kohaldatakse X riigi õigust, siis reeglina peetakse silmas, et põhivaidlus lahendatakse selle riigi õiguse alusel. Kui eraldi pole kokku lepitud vahekohtu kokkuleppele kohalduvas õiguses, siis üheks viisiks oleks see, et vahekohtu kokkuleppele kohaldub sama õigus, mis ka põhivaidlusele. Seega kui vahekohtumenetlus toimiks Eestis, ETKK Arbitraažikohtus, ning pooled on kokku leppinud, et põhivaidlus lahendatakse mõne välisriigi X õiguse alusel nagu lubab seda TsMS § 742 lg 1, siis on kõnekaid argumente selle kasuks, et ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel tuleks kohaldada sama välisriigi õigust. Alljärgnevalt on toodud välja võimalikud põhjused, miks Eestis toimivas vahekohtumenetluses võiks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohaldada põhivaidlusele kohalduvat välisriigi õigust.

Kuna vahekohtu kokkulepe on tavaliselt põhilepingus üks võimalikest sätetest, siis on tavaliselt lihtne otsustada sellise tõlgenduse kasuks, et kuna põhilepingule kohaldub välisriigi õigus, ning vahekohtu kokkulepe on poolte jaoks füüsilises mõttes üks osa põhilepingust, siis kogu põhilepingule kohaldub poolte valitud välisriigi õigus (sh ka vahekohtu kokkuleppele).⁶¹ Reeglina pooled ei määratle vahekohtu kokkuleppele eraldi kohalduvat õigust, mis võib olla

⁶¹ Sarnane seisukoht on leidnud toetamist ka Ühendkuningriigi kohtupraktikas, kus kohus leidis, et „põhilepingus olev klausel, millega pooled nõustuvad vaidluse lahendamiseks vahekohtus, on justkui leping lepingu sees.“ Lisaks kohus põhjendas, et kuna pooled soovisid, et nende lepingust tulenevat põhivaidlust lahendataks India õiguse järgi, siis sellest saab automaatselt tuletada ka seda, et sama õigus kohalduks ka vahekohtu kokkuleppele. Vt lähemalt *Union of India v McDonnell Douglas Corp*, 22.12.1992, Queen's Bench Division (Commercial Court), [1993] 2 Lloyd's Rep. 48. Lisaks vt ka *Sonatrach Petroleum Corp (BVI) v Ferrell International Ltd*, 04.10.2001, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2002] 1 All E.R. (Comm) 627.

tingitud asjaolust, et pooled ei ole teadlikult nn eraldatavuse põhimõtte olemasolust ning selle võimalikest tagajärgedest. Samas tuleb tõdeda, et eraldatavuse põhimõtte ei saa käituda vahekohtu kokkuleppele võimaliku kohalduva õiguse otsingul selliselt, mis isoleeriks vahekohtu kokkuleppe täielikult põhilepingust. Eraldatavuse põhimõtte eesmärk kohalduva õiguse kontekstis on jätta poolte kokkuleppe lahendada vaidlus vahekohtus jõusse samal ajal kui põhileping osutub kehtetuks. Sellisel juhul kui pooltel puudub tegelik teadmine eraldatavuse kokkuleppe mõjust, ei tohiks seda enam viimane töötada poolte vastu ning kaasa tuua mõne muu riigi õiguse kohaldumise vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kui seda on põhivaidlusele kohalduv kokkuleppeline õigus. Pigem peaks eraldatavuse põhimõtte andma vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kohalduva õiguse osas samaväärse õigusliku jõu nagu teeb seda poolte kokkuleppe kohaldada põhivaidlusele teatava välisriigi õigust. Seega vältimaks vaidlusi, mis võivad tõusetuda sellest, milline õigus võiks kohalduda vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel, oleks soovitatav pooltel näiteks eraldi klauslina välja tuua, milline õigus kohaldub vahekohtu kokkuleppele. Samuti võib ka välistada näiteks lihtsas ja lühikeses vahekohtu kokkuleppe klauslis üheselt, et „põhivaidlusele kohalduv õigus ei ole kohaldatav vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel“. Selliselt on võimalik välistada olukord, kui põhivaidlusele kohaldub välisriigi õigus, siis et see automaatselt ei kohalduks ka vahekohtu kokkuleppele, kui pooled seda tõesti ei soovi.

Ühendkuningriigi apellatsioonikohus tegi 2012. aastal otsuse⁶², milles analüüsis põhjalikult võimalikku kohalduvat õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks. Apellatsioonikohus motiveeris kohe kohtuotsuse alguses, et „*kui puudub viide vastupidisele, siis poolte kokkuleppe kohaldada põhivaidlusele kindaks määratud õigust on tugev indikatsioon sellest, et pooltel oli soov kohaldada sama õigust ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Vastav asjaolu annab tõestust selle kohta, et tegemist on poolte kaudse valikuga kohaldada vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel põhivaidlusele kohalduvat õigust, eeldusel, et puuduvad vastupidisele viitavad asjaolud.*“ Vastavast lahendist tuleneb, et vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks saaks kohalduv õigus tuleneda kolmel viisil:

- a) kohalduv õigus tuleneb poolte konkreetsest kokkuleppest;
- b) kohalduv õigus tuleneb poolte kaudsest kokkuleppest;
- c) kohalduv õigus tuleneb kõige lähimast ning reaalseimast seosest ühe või teise riigiga.

⁶² *SulAmérica Cia Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engelharia SA and others*, 16.05.2012, Court of Appeal (Civil Division), [2013] 1 W.L.R. 102, [2012] 2 C.L.C. 216.

Apellatsioonikohus asetab poolte kaudsest kokkuleppest tuleneva võimaliku kohalduva välisriigi õiguse vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kõrgemale kui lähimast seosest tuleneva välisriigi õiguse. Sellest saab järeldada, et vastavad viisid, mille kohaselt võiks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduv õigus tuleneda, on omavahel hierarhias. Seega kui pooled lepivad kokku ainult põhivaidlusele kohalduvas välisriigi õiguses ning sealjuures puudub kokkuleppe vahekohtumenetluse asukohariigi kohta, siis saab öelda, et põhivaidlusele kohalduv välisriigi õigus kohaldub ilmselt ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks tulenevalt poolte kaudsest valikust sellises õiguses kokku leppida.

Ilmselt ei ole lõplikult võimalik tõdeda, kumb meetoditest on parim kohalduva õiguse leidmiseks vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel poolte kokkuleppe puudumisel, kas siis *lex arbitri* või *lex causae* järgi, kuna ühene ja range eelistus puudub ka Ühendkuningriigi õiguskirjanduses ning kohtupraktikas. Samas kui pooled on juba põhilepingule kohalduva õiguse valinud, siis peetakse tugevaks indikatsiooniks seda, et sama õigus kohaldub ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Rõhutakse ka veel sellele, et tuleks arvestada esmajoones poolte võimaliku tahtega samaaegselt tagades vahekohtu kokkuleppe kehtivus ning lõpliku vahekohtu otsuse edukas tunnustamine ja täitmine asjaomases riigis. Seega allegoorilises mõttes peavad vahekohtunikud olema multifunktsionaalsed ning nägema ette ka tulevikku. Eelnevast tuleneb, et kohalduva õiguse määramine vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks on märksa keerukam ning rohkem tähelepanu vääriv probleem, kui seda väljendab Eesti TsMS ning vastavasisuline tagasihoidlik õiguskirjandus.

2. VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE PÕHIVAILLUSE LAHENDAMISEL

2.1. Poolte kokkuleppes tulenev välisriigi õiguse kohaldamine põhivaidluse lahendamisel

2.1.1. Poolte valikuobjektiks olev välisriigi „õigus“

2.1.1.1. Terviklik õiguskord kui valitav välisriigi „õigus“

Käesolevas peatükis keskendutakse võimalustele, mil saab Eestis toimivas vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldada välisriigi õigust. Antud peatükk lähtub TsMS § 742 lg-de 1 ja 2 struktuurist, mille kohaselt vahekohus kohaldab põhivaidlusele õigust, mis tuleneb kas poolte kokkuleppes või seadusest. Kui kummaski ei ole kohaldatav õigus tuletatav, siis kohaldab vahekohus Eesti õigust. Eesti õiguse kohaldamise võimalused ei kuulu käesoleva magistritöö uurimisalasse, mistõttu töö 2. peatüki uurimisobjektis on erinevad võimalused välisriigi õiguse kohaldamiseks põhivaidluses tulenevalt poolte kokkuleppes või seadusest, kuna eesmärgiks on välja selgitada võimalused, millal Eesti toimuv vahekohus peab kohaldama põhivaidlusele välisriigi õigust. Alapeatükis 2.1. analüüsitakse poolte võimalikke valikuvõimalusi põhivaidlusele kohaldatava õiguse osas.

Poolte valikuobjektiks olev võimalik välisriigi õigus lähtub TsMS eelnõu seletuskirjas toodud liigitusest, mille kohaselt võivad pooled kokku leppida põhivaidlusele mitte üksnes ühe riigi kogu õiguskorra kohaldamises, vaid erinevate riikide üksikute õigusaktide ja ka rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktide kohaldamises. TsMS § 742 lg 1 kohaselt kohaldab vahekohus vaidluse lahendamisel õigusakte, mille kohaldamises on pooled kokku leppinud.⁶³ Ühendkuningriigi kohtupraktika kohaselt hõlmab vahekohtus põhivaidlusele kohalduv õigus pooltevahelise lepingu tõlgendamist ning kehtivust, lepingu täitmise tingimusi (st poolte õigusi ja kohustusi) ning ühtlasi ka lepingurikkumisest tulenevaid tagajärgi.⁶⁴ Poolte õigus kokku leppida lepingule kohalduv õigus tuleneb privaatautonoomia põhimõttest, mis annab pooltele võimaluse ise ära määratleda, milline õigus on kohaldatav põhivaidlusele vahekohtumenetluses. TsMS ei ütle, millal peaksid pooled kohalduvas õiguses kokkuleppe tegema, st kas enne vaidluse teket või juba tekkinud vaidluse ajal. Ainsana mainib TsMS kohalduva õiguse kokkuleppe ajalise piiri olemasolu TsMS § 742 lg-3, mis aga otsesõnu räägib poolte kokkuleppes lahendada vaidlus õigluse põhimõttel, mille kokkulepet võib

⁶³ Sealjuures mõne riigi õigusele viitamisel eeldatakse, et kokkulepe ei hõlma selle riigi kollisiooninorme, kui pooled ei ole selgesõnaliselt kokku leppinud teisiti.

⁶⁴ *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA*, 14.07.1970, House of Lords, [1971] A.C. 572, [1970] 3 W.L.R. 389, p 603. Vastavas lahendis seletati lahti mõistet „proper law“, mida siis kasutatakse tihti kohalduva materiaalsoiguse kohta ka Ühendkuningriigi õiguskirjanduses.

sõlmida kuni vahekohtu otsuse tegemiseni.⁶⁵ Loogiliselt võiks justkui tuletada, et vastav ajaline piirang (kuni vahekohtu otsuse tegemiseni) kehtib ka põhivaidlusele kohalduva õiguse kokkuleppe tegemise kohta siis, kui poolte valikuobjektiks on välisriigi terviklik õiguskord. Samas aga tekib küsimus, et kui pooled saaksid põhivaidlusele kohalduva õiguse kokkulepet sõlmida kuni otsuse tegemiseni, siis millise õiguse järgi vahekohus üldse otsuseni jõuab. Seetõttu TsMS § 742 lg-s 3 olev viide, mille kohaselt pooled võiksid põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppida kuni vahekohtu otsuse tegemiseni, ei ole päris korrektne ning jätab ühtlasi lahtiseks selle, millise õiguse kohaselt vahekohus siis üldse vahekohtu otsuseni jõuab. Sellest tulenevalt takistusteta menetluse kulgemise huvides tuleks põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppida hiljemalt siis, kui vaidlusega on pöördutud juba vahekohtusse.

Toetust privaatautonomia põhimõttele ehk poolte õigusele ise kokku leppida põhivaidlusele kohalduvas õiguses võib leida ka Rooma I määruse artiklist 3(2), mille kohaselt võivad pooled igal ajal kokku leppida, et lepingu (ehk põhivaidluse) suhtes kohaldatakse mõnda muud õigust, milles varem juba kokku lepit. Tuleb märkida, et sama määruse artikli 1(2)(e) kohaselt ei kohaldata vastavat määrust vahekohtu kokkulepetele, kuid pole välistatud, et määrus võiks kohalduda poolte kohalduda poolte vahelisele põhilepingule, millest tuleneb materiaaloiguslik vaidlus.⁶⁶ Ning kuna käesoleva alapeatüki raames on käsitlemisel põhivaidlusele kohalduv õigus, siis ei ole välistatud ka Rooma I määruse artiklist 3(2) tulenev võimalus pooltel sõlmida juba vaidluse ajal või muuta olemasolevat kokkulepet põhivaidlusele kohalduva õiguse osas oleks analoogia korras kohaldatav ka vahekohtumenetluses.

Võimalus valida pooltel põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks ühe riigi terviklik õiguskord tähendab seda, et valitav õiguskord on territoriaalselt piiritletud ühe riigi piires ning sisaldab eelkõige vastava välisriigi materiaaloigust. Materiaaloigust just seetõttu, kuna vahekohtumenetluses protseduuriõigus võib sootuks erinev olla põhivaidlusele kohalduvast õigusest. Valitav ühtne õiguskord ehk välisriigi õigus peab olema autonoomne õiguskord, mis reguleerib ühe riigi või territoriaalse üksuse raames ammendavalt igat õiguslikku olukorda. Segadust võiks tekitada poolte võimalik valik, kui määratakse, et põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks on näiteks „Ameerika Ühendriikide õigus“ või „Ühendkuningriigi õigus“. Probleem

⁶⁵ TsMS § 742 lg 3 kohaselt võib vahekohus lahendada vaidluse õigluse põhimõttel, kui pooled on selles selgesõnaliselt kokku leppinud. Kokkuleppe võib sõlmida kuni vahekohtu otsuse tegemiseni.

⁶⁶ Rooma I määruse võimalikust kohaldumisest vahekohtumenetluses tuleb põhjalikumalt juttu käesoleva töö alapeatükis 2.2.1.1.

seisneb selles, et Ameerika Ühendriigid jagunevad osariikideks, kus igas osariigis kehtib erinev õigus ning ühtlasi ka Ühendkuningriik jaguneb kolmeks õigussüsteemiks: Inglise õigus, Põhja-Iirimaa õigus ning Šotimaa õigus, millest kõige enim levinud on ilmselt Inglise õigus. Seega kui põhilepingule valitakse kohalduvat õigust, siis tasub kindlasti eeltööd teha konkreetse välisriigi õiguse osas, kuna iga õigussüsteem on eri valdkondades varieeruv ning ühe poole teadlikkus vastavatest erinevusest annab põhivaidlusele kohalduva õiguse valikul suure tõenäosusega kindla eelise ja aimuse, milliseks võiks tulevikus tekkiv vaidlus ning ka võimalik lahendus kujuneda.

Eesti kehtivas õiguses leidub viiteid „välisriigi õigusele“ näiteks REÕS §-s 2, mille lõike 1 kohaselt kui seaduse, välislepingu või tehingu kohaselt kuulub kohaldamisele välisriigi õigus, kohaldab kohus seda sellest sõltumata, kas selle kohaldamist taotletakse või mitte. Lisaks viitab TsMS § 742 lg 1, et kokkuleppeline kohalduv õigus ei hõlma reeglina selle riigi õiguse kollisiooninorme, kui just ei ole pooled vastupidiselt kokku leppinud. Kollisiooninormid on konkreetse välisriigi riigisisese materiaalõiguse erinormid, mis annavad vastuse küsimusele, mille riigi õigust kohaldada, kui vaidlus hõlmab endas rahvusvahelist elementi.⁶⁷ Kollisiooninormide kohaldamine jäetakse reeglina välja seetõttu, et kui pooled on juba kokku leppinud võimalikus kohaldatavas välisriigi õiguses kui vastava riigi terviklikus õiguskorras ning näiteks kollisiooninormid oleksid samuti selle valiku osa, siis võiks tulenevalt vastava välisriigi õiguse kollisiooninormide tõttu osutada vahekohtus põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks hoopis mõne muu riigi õigus, milles algselt pooled kokku leppisid. Selleks, et taolisi üllatusi vältida, sätestab TsMS § 742 lg 1 selgesõnaliselt, et vastava riigi õiguskorra osana ei eeldata, et kohalduksid ka selle riigi kollisiooninormid. Loomulikult on võimalik tulenevalt privaatautonomia põhimõttest pooltel ka vastupidiselt kokku leppida.

Ühendkuningriigis reguleerib põhivaidlusele kohalduvat õigust *Arbitration Act* § 46. Poolte kokkuleppest tulenev kohalduv õigus on sätestatud täpsemalt §-s 46(1)(a), mille kohaselt vahekohus lahendab vaidluse poolte poolt kokku lepitud õiguse kohaselt. Lisaks täpsustab § 46(2), et põhivaidlusele kohalduva õiguse all on mõeldud mõne riigi materiaalõigust, mis ei sisalda selle riigi kollisiooninorme. Ühendkuningriigi vastav säte on vägagi sarnane TsMS § 742 lg-ga 1. Seda seetõttu, et ka *Arbitration Act* on koostatud suuresti UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul.

⁶⁷ Vt lähemalt välisriigi õiguse ning kollisiooninormide käsitlemise kohta I. Nurmela. Välisriigi õiguse kohaldamine. - Juridica 2002/4, lk 254-260.

Seega tuleb mõista tervikliku õiguskorra kui valitava välisriigi õiguse all sellise riigi õiguskorda, mis on territoriaalsuslikult piiritletud ning mis ei koosneks omakorda veel mitmest erinevast õigussüsteemist (nagu nt Ühendkuningriigi „õigus“). Nende kriteeriumite järgimine tagab selgema ning konkreetsema vahekohtumenetluse. Põhivaidlusele kohalduva õiguse kokkuleppe võiksid pooled sõlmida hiljemalt selleks ajaks, kui vaidlusega on vahekohtusse pöördutud. Enne kui pole põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku lepitud, ei ole võimalik ka asja sisuliselt arutada. Ei ole samas ka välistatud, et pooled võivad põhivaidlusele kohalduvat õigust muuta menetluse keskel. Poolte õigus kokku leppida välisriigi terviklikus õiguskorras kui põhivaidlusele kohalduvas õiguses ei ole aga privaatautonoomia ainus väljund vahekohtumenetluses.

2.1.1.2. Üksikud õigusaktid kui valitav välisriigi „õigus“

TsMS seletuskiri annab võimaluse pooltel valida põhivaidlusele (ehk siis pooltevahelisele lepingule) kohalduvaks õiguseks ka üksikuid õigusakte, nii ühe välisriigi kui ka erinevate välisriikide õigusakte. Õiguskirjanduses esineb taoline olukord nime all kas *dépeçage*, *severance* või Ühendkuningriigi õiguskirjanduses *split proper law*.⁶⁸ Näiteks ühe välisriigi raames valitavad kohalduvad õigusaktid võiksid kombineeruda selliselt, et kuna näiteks ÜRO konventsioon kaupade rahvusvahelise ostu-müügi lepingute kohta (CISG)⁶⁹ on osa ka selle välisriigi õigussüsteemist, siis võiksid pooled valida, et ühele osale põhilepingust kohaldub CISG ning teisele osale näiteks Saksa BGB. Käesoleva alapeatüki raames tuleb analüüsimisele, milline on poolte võimalik valik siis, kui pooled soovivad põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks valida välisriigi kindlad õigusaktid ning milline peab olema valiku konkreetsuse aste.

Juhul kui pooled peaksidki valima põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks näiteks CISG-i, siis oleks soovitatav valida lisaks ka selline õigusakt põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks, mis reguleerib selliseid valdkondi, mida näiteks CISG ei reguleeri. Mõistlik oleks see seetõttu, et vahekohtu kokkuleppe sõlmimise hetkel ei pruugi pooled ette näha kõikvõimalikke vaidlusi, mis võivad vahekohtumenetluses tõusetuda, ning vältimaks muude võimaluste kaudu põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmist (mille kohaldamist pooled tegelikult ei soovi), oleks

⁶⁸ A. Tweeddale, K. Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes*. International and English Law and Practice. Oxford: Oxford University Press 2007, p 183, para 6.12., (edaspidi „A. Tweeddale, K. Tweeddale“); samal teemal vaata ka Ameerika Ühendriikide autorit S. C. Symeonides. *Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect*. - University of Toledo Law Review 2014/1. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2356657 (01.05.2014).

⁶⁹ United Nations. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980*. Available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (01.05.2014).

soovituslik määratleda põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks ka teine õigusakt (või hoopis ka mõne välisriigi õigussüsteem), mis reguleerib neid küsimusi, mida esimesena valitud õigusakt ei reguleeri. Põhjus, miks pooled valivad *dépeçage*'i kasuks, on ilmselt see, et pooled ei jõua kokkuleppele ühe võimaliku välisriigi õigusakti kohaldamises, mistõttu tehakse nõ kompromiss ning mõlemate poolte poolt soovitud kohalduv õigus moodustab põhivaidlusele kohalduva õiguse.

Rooma I määrus toetab samuti *dépeçage*'i, täpsemalt sätestab artikkel 3(1), et pooled võivad omal valikul valida kas terve lepingu või üksnes mõne selle osa suhtes kohaldatava õiguse. Samas aga Rooma I määrus artikkel 3 lubab pooltel põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks valida üksnes riigisiseseid õigusakte (aga *dépeçage* kujul), millest tuleb lähemalt juttu käesoleva magistritöö alapeatükis 2.1.1.3.

Mitme erineva välisriigi õiguse ühe osa kohaldamine põhilepingu erinevatele osadele võimaldab pooltel maksimaalselt vahekohtumenetluses ära kasutada põhilist printsiipi, milleks on privaatautonomia.⁷⁰ Pooled võivad eelnevalt analüüsida põhilepingu igat osa ning seejärel vahekohtu kokkuleppes kokku leppida, et iga teatud põhilepingu osa kohta kohaldub X, Y ning Z välisriigi õigus. Samuti võivad pooled kokku leppida, et teatud sätted valitud õigusaktist ei kohaldu vahekohtumenetluses olevale vaidlusele.⁷¹ Põhilepingule kohalduva õiguse vastav valik tehakse loomulikult sellest tulenevalt, mis oleks poolte jaoks kõige soodsam. Kuna enne võimaliku vaidluse teket ei ole poolte jaoks teada, kes tulevikus võimalikus asetleidvas vaidluses on hageja ning kes kostja, mistõttu on mõlema poole huvi, et põhilepingu osale kohalduv õigus oleks mõlema poole jaoks sobiv. Ühtlasi on tagatud ka vaidluse kulgemise ettenähtavus, kuna pooled on põhivaidlusele kohalduva õiguse ära määratlenud, mis ei anna vahekohtunikele võimalust erinevate viiside kaudu seda enam tuletada.⁷²

Ühendkuningriigi kohtupraktikast saab näitena tuua kaasuse, kus poolte liiga üldine ning ideaalis mõlema poole huvisid arvestav põhivaidlusele kohalduva õiguse kokkulepe tekitab hoopis rohkem õigusabikulusi ning ebamäärasust vahekohtumenetluses. *Channel Tunnel*'i

⁷⁰ Ka Ühendkuningriigi kohtupraktikas on leidnud toetust *dépeçage*'i põhimõtte. Vt lähemalt *CGU International Insurance Plc v Szabo & Ors.*, 06.11.2001, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2002] C.L.C. 265. para 35.

⁷¹ Vastav põhimõtte on leidnud kajastamist ka ÜRO Rahvusvahelise kaubandusõiguse Komisjoni (UNCITRAL) raportis. Vt Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session (A/40/17), Vienna, 3-21, June 1985, p 29. Available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement> (01.05.2014). (Edaspidi „UN Report (A/40/17)“).

⁷² Põhivaidlusele kohalduvast õigusest poolte kokkuleppe puudumisel tuleb juttu käesoleva töö alapeatükis 2.2.

kaasuses⁷³ leppisid pooled vahekohtu kokkuleppes kokku, et lepingu sõlmimist, kehtivust ning täitmist reguleerivatele küsimustele kohalduvaks õiguseks on ühised üldised printsiibid nii Inglise kui ka Prantsuse õiguses, mille kohaselt tõlgendatakse ka vajadusel lepingusätteid. Vastavate ühiste printsiipide puudumisel tuli kohaldada põhivaidlusele üldiseid põhimõtteid rahvusvahelises kaubandusõiguses, mida tavaliselt nii riigisisese kui ka rahvusvahelise vahekohtu kohaldavad. Antud kaasus leidis suuresti vastukaja õiguskirjanduses⁷⁴, kuna pooled soovisid moodustada üldise ning mõlema poole huvisid hõlmava põhivaidlusele kohalduva õiguse kokkuleppe, kuid raskusi tekkis mõiste „ühised üldised printsiibid Inglise ja Prantsuse õiguses“ sisustamine. Vastavas kohtulahendis leiti, et kuna pooled leppisid sellises kohalduvas õiguses kokku, siis tuleb vastav vaidlus ka selle järgi lahendada. Kuna põhivaidlusele kohaldatava õiguse leidmine oli niivõrd keeruline, siis Ühendkuningriigi tollaegse viimase astme kohtu kohaselt jäeti näiteks vahekohtu enda lahendada küsimus, kas esialgse õiguskaitse meede oli oma sisult samasugune nagu hagi ese, kuna vastus tuli sellele küsimusele and Inglise ning Prantsuse õiguse ühiste üldiste printsiipide kohaselt.

Seega kui pooled soovivad põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks valida nn hübriid-lahenduse, st põhilepingu erinevatele jaotistele kohalduvad erinevate välisriikide õiguse osad või isegi rahvusvahelised konventsioonid, siis on soovituslik need erinevad valikud konkretiseerida kas siis seadustiku või konventsiooni tasemel. Vastupidisel juhul võib juhtuda, et algselt plaanitud kohalduva õiguse kokkuleppes on pooltele rohkem tüli ning ettearvamatus kui kogu vaidlus seda väärt on. Lisaks kui pooled valivad põhilepingule kohalduvaks õiguseks vaid ühe õigusakti, siis ettenägelik lahendus oleks see, et lepitakse kokku ka teises võimalikus õigusaktis, mis reguleerib neid valdkondi, mida esimene kokkulepitud õigusakt ei reguleeri.

2.1.1.3. Rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktid kui valitav välisriigi „õigus“

Kolmanda valikuna lubab TsMS eelnõu seletuskiri pooltel põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks valida rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusakte. Käesoleva alapeatüki all tuleb mõistat „välisriigi õigus“ mõista laiemas mõttes ehk kui „transnatsionaalset õigust“⁷⁵

⁷³ *Channel Tunnel Group Ltd. and Another Appellants v Balfour Beatty Construction Ltd. and Others Respondents*, 21.01.1993, House of Lords, [1993] A.C. 334, [1993] 2 W.L.R. 262, [1993] I.L.Pr. 607.

⁷⁴ Vt lähemalt näiteks M. Rubino-Sammartano. *The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine*. - *Journal of International Arbitration* 1993/1, pp 59-66; P. Raoul-Duval. *English and French Law: The Search for Common Principles*. - *International Business Lawyer* 1997/4, pp 181-182; C. Reymond. *The Channel Tunnel Case and the Law of International Arbitration: Case Comment*. - *Law Quarterly Review* 1993/109, pp 337-342.

⁷⁵ Õiguskirjanduses kasutatakse terminit „*transnational law*“. Vt lähemalt näiteks A. Tweeddale, K. Tweeddale, pp 193-200, (*op.cit.*); A. Redfern, M. Hunter, pp 127-140, (*op.cit.*); samuti on kasutatud ka Eesti autorite poolt

ning mitte siduda seda konkreetse riigi territooriumil kehtiva õiguskorra ega mõne riigi õigusaktiga. TsMS on üle võtnud eelkõige UNCITRAL-i mudelseaduse sätteid ning seda otsesõnu ka põhivaidlusele kohalduva õiguse osas. UNCITRAL-i mudelseaduse asjakohane artikkel⁷⁶ 28(1) võimaldab samuti pooltel põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppida sealjuures kasutades terminit „*rules of law*“ tavapärase „*law*“ asemel. Antud sõnastus on selline seetõttu, et pooltel oleks võimalik valida riigisiseste õiguskordade ning õigusaktide kõrval ka rahvusvaheliselt tunnustatud õigusnormide kogumikke, et lihtsustada rahvusvahelisi vaidlusi⁷⁷ ning sealjuures mitte eelistada ühte osapoolt tulenevalt sellest, et tal oleks võimalik lähtuvalt mõnest välisriigist mõni tuttav õigusakt valida. Käesolevas alapeatükis analüüsitakse võimalikke variante, milles on pooltel võimalik kokku leppida põhivaidlusele kohalduvas õiguses kui tegemist on rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusnormide kogumikega. Lisaks kas sellist lähenemist toetab ka Ühendkuningriik ning kui ei, siis millised on Ühendkuningriigi kaalutlused selliseks otsuseks.

Rahvusvahelisel tasandil välja töötatud nn õigusakt on eeskätt selline õigusnormide kogumik, mis ei ole inkorporeeritud mõne riigi riigisisese õiguse üheks osaks. Tulenevalt TsMS § 742 lg-st 1 on pooltel võimalik valida põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks rahvusvahelise kaubanduslepingute printsiipe nagu *UNIDROIT Principles, lex mercatoria*⁷⁸, *Principles of European Contract Law (PECL)*⁷⁹ ning miks mitte isegi ka *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁸⁰. Hõlbustamise eesmärgil on *Center for Transnational Law* ehk CENTAL

sama väljendit, vt I. Kull, A. Hussar. *Lex mercatoria* – kas võimalus globaalse õigussüsteemi loomiseks? – *Juridica* 2002/1, lk 58-68. Käesolevas magistritöös kasutatakse „transnatsionaalse õiguse“ kohta väljendit „riikidevaheline õigus“.

⁷⁶ UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(1) kohaselt lahendab vahekohus vaidluse selliste õigusaktide pinnalt, milles on pooled kokku leppinud. Mõne riigi õigusele või õiguse osale viitamine eeldab selle riigi materiaalõigust ning mitte kollisioonireegleid, (võrdle TsMS § 742 lg 1 sõnastusega).

⁷⁷ ÜRO Rahvusvahelise kaubandusõiguse Komisjon (UNCITRAL) kaalus oma *travaux préparatoires* raportis, kas artikkel 28(1) esimese lause sõnastuses tuleks kasutada „*law*“ või „*rules of law*“ ning lõpuks jõuti järelduseni, et termin „*rules of law*“ annab pooltele rohkem paindlikkust põhivaidlusele kohalduva õiguse valikul. Komisjon väljendas küll pelglikkust, et vastav termin võib liiga laiaks ning võõraks osutuda, millega võivad kaasneda probleemid kohalduva õiguse valikul, kuna 1985. aastal, kui UNCITRAL-i mudelseadus välja töötati, siis oli kasutusel termin „*rules of law*“ vaid ühes konventsioonis ning kahes riigisiseses õigusaktis. Vt lähemalt UN Report (A/40/17), p 29-30 (*op.cit.*).

⁷⁸ Vt näiteks K. P. Berger. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, The Netherlands: Kluwer Law International 2010; M. Pryles. *Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*. - *University of New South Wales Law Journal* 2008/1, pp 319-329. (Edaspidi „K. P. Berger“).

⁷⁹ The Principles Of European Contract Law 2002. First and second part were amended in 1998 and third part entered into Force in 2002. Available at: <http://www.transnational.deusto.es/emtl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf> (01.05.2014).

⁸⁰ Draft Common Frame of Reference 2009. Available at: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (01.05.2014). Kuna DCFR-iga on tegemist nõ akadeemilise tekstiga, siis selle autorid on rõhutanud, et vastavat teksti tuleb esmajärjekorras pigem kasutada kas akadeemiliste tekstide õpetamise alusena või võivad erinevate riikide seadusandjad kasutada seda

arvutivõrgus⁸¹ kogunud kokku ning süstematiseerinud kõikvõimalikud riigisisised ning riikidevahelised õigusaktide kogumikud (sh ka konventsioonid, üldised põhimõtted ning ka mudelseadused), mis võiksid rahvusvahelistes kaubandusvaidlustes asjakohased olla. On vaieldav, kas taoline erinevate õigusaktide kokku kogumine saab endast kujutada ühtlasi ka riikidevahelise õiguse kodifitseerimist.

Suurimaid vaidlusi õiguskirjanduses on tekitanud *lex mercatoria* võimalik kohaldamine põhivaidlusele vahekohtumenetluses, kuna see võib tuua kaasa ebamäärasust vaidluse lahendamisel ning ühtlasi kerkib ka küsimus, kas *lex mercatoria* kvalifitseerub üleüldse võimalikuks kohalduvaks „õigusaktiks“ näiteks UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(1) mõttes. *Lex mercatoria*’l puudub ühene definitsioon, kuna eksisteerivad erinevad seisukohad, kas *lex mercatoria* on kui autonoomne õigusnormide kogum⁸², mis ei ole ühegi riigi õigussüsteemi immanentne osis, või hoopis hõlmab *lex mercatoria* endas rahvusvahelise kaubandusõiguse üldiseid põhimõtteid, mis reeglina peegelduvad ka riigisisestes õigusaktides⁸³. Ühendkuningriigi kunagine kohtunik Michael Mustill leiab näiteks, et kuna *lex mercatoria*’l puudub ühene „õigusnormide kogumiku staatus“, siis ei saaks seda ka vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õigusena kasutada.⁸⁴ Samas on aga järjest üritatud rahvusvahelist kaubandusõigust kodifitseerida üldnimetatud üldiste kaubandusõiguste põhimõtete kogumike näol, mistõttu ei ole välistatud, et tulenevalt arvestavast kodifitseerimise astmest on võimalik *lex mercatoria*’t kohaldada ka põhivaidlusele kohalduva õigusena.⁸⁵ Teisalt aga sisaldavad nii *UNIDROIT Principles* kui ka *PECL*

inspiratsiooniallikana siseriikliku õiguse moderniseerimisel. Sellest kirjutab lähemalt A. Värvi. Lepinguõiguse ühtlustamine Euroopa Liidus. – Riigikogu Kantselei õigus- ja analüüsiosakond, 18.05.2011, nr 6. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/doc.php?87762> (01.05.2014).

⁸¹ Available at: <http://trans-lex.org/index.php> (01.05.2014).

⁸² Vt näiteks M. Mustill. *New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*. - Arbitration International 1988/2, pp 86-119, (edaspidi „M. Mustill“); E. Gaillard. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*. – Arbitration International 2001/1, pp 59-72; K. P. Berger, pp 64-148, (*op.cit.*).

⁸³ C. M. Schmitthoff. *The Unification of the Law of International Trade*. In C.-J. Cheng (ed.), M. Clive. *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers 1988 and London: Graham & Trotman 1988, pp 170-187.

⁸⁴ M. Mustill, p 97, (*op.cit.*). Samuti leiavad ka UNCITRAL-i mudelseaduse kommentaaride autorid Holtzmann ning Neuhaus, et UNCITRAL-i mudelseaduse artikkel 28(1) termin „*rules of law*“ ei anna alust vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldada *lex mercatoria*’t. Vastavat seisukohta on leidnud väljendamist UNCITRAL-i mudelseaduse kommentaarides, vt H. M. Holtzmann, J. E. Neuhaus. *A Guide To the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Instituut 1989, p 768.

⁸⁵ Muuhulgas on praeguseks Euroopa tasandil lepinguõiguse ühtlustamise menetlus nii kaugel, et oktoobris 2011 esitas Euroopa Komisjon ettepaneku Euroopa Parlamendile ja Nõukogule Euroopa ühise müügi õiguse määruse (EÜM) kohta. - Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta. KOM(2011) 635 lõplik, 11.10.2011. Professor Irene Kull'i sõnul on EÜM-le kõige lähemal oma olemuselt materiaali- ning menetlusõigust sisaldav rahvusvaheline kaubandusõigus ehk *lex mercatoria*. Lisaks Kull selgitab, et „*tõmmates paralleele EÜM ja lex mercatoria vahele, võib näha, et neis on mitu kattuvat tunnust:*

vastavasisuliselt sätteid, mille kohaselt vastavad õigusnormide kogumikud on kaubandusvaidlustes kohaldatavad isegi olukorras, kui pooled on leppinud kohalduvaks õiguseks *lex mercatoria*.⁸⁶ Seega võib vahekohtumenetluse pooltel olla raske saavutada põhivaidluse lahendamist pelgalt *lex mercatoria* najal, kuna ei ole täpselt piiritletud, mis *lex mercatoria* üldse on. Viimane seab ohtu nii vahekohtumenetluse kulgemise ettenähtavuse ja konkreetsuse, ning ühtlasi võib *lex mercatoria*'st tulenevate printsiipide najal vaidlus laheneda selliselt, milliselt pooled üldse ei oleks soovinud, hoolimata sellest, et põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks oli poolte poolt määratud *lex mercatoria*.

Tulles võrdlusena EL-i õiguse juurde, siis Rooma I artikkel 3 ei luba näiteks pooltel valida lepingule kohalduvaks õiguseks nn „riikidevahelist õigust“ ehk siis rahvusvahelisi konventsioone, mudelseadusi või rahvusvaheliselt tunnustatud üldpõhimõtteid. Euroopa Komisjoni ettepanekus Euroopa Parlamendile ja Nõukogule Rooma I määruse⁸⁷ kohta märgiti artikli 3(2) osas, et pooltel võiks olla võimalus põhilepingule kohalduvaks õiguseks valida mh ka midagi muud peale mõne riigi õigus eesmärgiga toetada Rooma konventsioonis kehtivat põhimõtet – valikuvabadust. Rooma I määruse kommentaaride autor Galf-Peter Calliess on esitanud vägagi tabava tähelepaneku tuues võrdluseks demokraatia argumendi vahekohtumenetluses võimaliku kohaldatava õiguse Rooma I määruse artikli 3 osas, et „*kui riiklikus kohtus on pooltel võimalik lepingule kohalduvaks õiguseks valida näiteks diktaatorliku riigi Põhja-Korea õigus ning teisalt jälle on kohustatud riiklikud kohtud tunnustama ja täitma selliseid vahekohtu otsuseid, kus kohalduvaks õiguseks on näiteks UNIDROIT Principles, siis on võimatu mõista, miks aga Rooma I määruse artikli 3 puhul on pooltel kohalduva õiguse valik piiratud vaid riigisisese õigusega*“.⁸⁸ Samas justkui „kompensatsioonina“ lubab Rooma I määruse preambula punkt 13 pooltel viidata nendevahelises lepingus õigusele, mis ei ole riigi poolt kehtestatud, või rahvusvahelisele konventsioonile. See tähendab seda, et vastavad viited lepingus saavad lepingusätete staatuse. Selline lahendus võib jällegi mitmeid probleeme tekitada seoses lepingule kohalduva riikliku

nende legitiimsus ei ole seotud ühegi konkreetse riigiga, mõlema sisuks on reeglid, mis pärinevad eri õigus süsteemidest ja on kujundatud funktsionaalsel alusel, mõlema kohaldamine sõltub poolte tahtest ning nendes reguleerimata valdkondades kohaldatakse siseriiklikku õigust vastavalt rahvusvahelise eraõiguse normidele“. Vt lähemalt I. Kull. Euroopa ühine müügiõigus – uus instrument Euroopa lepinguõiguses. – Juridica 2013/3, lk 151-162.

⁸⁶ UNIDROIT Principles preambula kohaselt kohaldub vastav õigusakt, kui pooled on oma lepingule kohalduvaks õiguseks valinud üldised õiguspõhimõtted, *lex mercatoria* või muud sarnast. Täpselt sama sõnastus on ka PECL-il artiklis 1:101(3)(A).

⁸⁷ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I määrus). KOM(2005) 650 lõplik, 15.12.2005. (Edaspidi „Rooma I määruse ettepanek“).

⁸⁸ G.-P. Calliess. Rome Regulations. Commentary On The European Rules Of The Conflict Of Laws. The Netherlands: Kluwer Law International BV 2011, pp 65-66. (Edaspidi „G.-P. Calliess“).

õigusega. Vastav teema ei ole aga käesoleva magistritöö uurimisobjekt, mis ei tähenda, et see ei vääraks eraldi töös suuremat tähelepanu.

Ühendkuningriigi *Arbtration Act* lubab samuti esmajärjekorras vahekohtul vaidluse lahendada sellise õiguse alusel, milles pooled on kokku leppinud. Lisaks § 46(1)(b) kohaselt peab vahekohus vaidluse lahendama „muudest kaalutlustest lähtuvalt“ (*other considerations*), kui pooled on selles kokku leppinud. Kuigi *Arbitration Act* on samuti koostatud UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul, siis tulenevalt *Arbitration Act*'i kommentaaridest⁸⁹ ning ka õiguskirjandusest⁹⁰ ei tunnista vastava paragrahvi 46(1)(b) mõttes Ühendkuningriigis vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks *lex mercatoria*'t nagu teeb seda UNCITRAL-i mudelseaduse artikkel 28(1). *Arbitration Act* § 46(1)(a) kohaselt on vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks reeglina mõne riigi õiguskord, mistõttu ei ole *Arbitration Act*'is võimalust valida põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks *lex mercatoria*'t. *Lex mercatoria*'t peetakse riikidevaheliseks õiguseks ehk õiguseks, mis ei ole seotud ühegi riigi õiguskorraga ning mis sisaldab endas kaubandusõiguse üldprintsipe, seega ei saa seda käsitleda ka kui õiguspositivismi ühe osana. Kuna õiguspositivism on alguse saanud Inglismaalt⁹¹ ning kuna õiguspositivism on lähedalt konkreetse riigi õiguskorraga, siis on mõisteta ka *Arbitration Act* § 46(1)(b) kohaselt lahendus, et *lex mercatoria* ei ole vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldatav õigus. Kui pooled on *lex mercatoria* põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks valinud koos mõne muu kohalduva õigusega, siis ilmselt vahekohus Ühendkuningriigis ei jäta tähelepanuta vastava poolte valiku, kuna vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine ei sellisel juhul ohu tulenevalt sellest, et poolte valikuobjektiks oli ka muu riigi õigus.

Üheks võimalikuks viisiks, kuidas Ühendkuningriigis siiski kohaldada vahekohtumenetluses põhivaidlusele *lex mercatoria*'t oleks järgnev. *Arbitration Act* sätestab nimekirja nendest sätetest, mis on vastavas õigusaktis imperatiivse iseloomuga ning millest pooled ei saa teisiti

⁸⁹ *Arbitration Act Commentary*, pp 227-229, (*op.cit.*).

⁹⁰ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law. Report on the Arbitration Bill Ch. 2. (DAC Reports). February 1996, para 222. Vastav komitee koostati 1987. aastal eesmärgiga läbi vaadata vahekohtumenetlust reguleerivad õigusaktid Inglismaal ning Wales'is. Komitee koostatud aruanded on siiani allikaks *Arbitration Act* tõlgendamisel. Available at: <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247298353443&ssbinary=true>. (01.05.2014); Lisaks vaata ka S. R. Shackleton, The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act. - *Arbitration International* 1997/4, pp 378-379. Available at: <http://www.srshackleton.com/assets/pdfs/Arbitration-International.pdf>. (01.05.2014)

⁹¹ Üldise õiguse (*common law*) õigusteooria kohta vt lähemalt D. E. Edlin, (ed.). *Common Law Theory*. United States of America: Cambridge University Press 2007.

kokku leppida.⁹² § 46 aga ei kuulu imperatiivsete sätete alla, mistõttu võivad pooled sellisel juhul asendada *Arbitration Act* § 46 mõne muu vahekohtumenetluse protseduurireeglite asjakohase sättega, mis oma sõnastuses lubab pooltel põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks kokku leppida ka *lex mercatoria*'s. Sellisel juhul ei tohiks hiljem tulla probleeme vahekohtu otsuse tunnustamise ja täitmisega Ühendkuningriigis, kui *lex mercatoria* oli põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks poolte poolt valitud. Kui vahekohus peaks omal initsiatiivil kohaldama *lex mercatoria*'t, siis võib hiljem vahekohtu otsus olla tühistatav *Arbitration Act* § 68(2)(b) või § 68(2)(c) kohaselt, kuna vahekohus kas ületas oma pädevuse piire või vahekohus ei lahendanud vaidlust selliste õigusnormide kohaselt, milles pooled olid kokku leppinud. Kui varasemalt oli Ühendkuningriigi kohtupraktika selline, et keelduti tunnustamast ja täitmast vahekohtu otsuseid, kus põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks oli mitteriiklik õigus, siis tänapäeval on Ühendkuningriigi kohtupraktika⁹³ läinud liberaalsemas suunas, mis ei sea takistusi vahekohtu otsuste tunnustamisel ning täitmisel, kui vaidluses on põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks kohaldatud *lex mercatoria*'t, isegi kui see on poolte valikuobjektiks saanud selliselt, et *Arbitration Act*'i § 46 on asendatud mõne muu protseduurireeglistiku samasisulise normiga.

Seega kui pooled valivad põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks mõne rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusnormide kogumiku nagu näiteks *UNIDRIOT Principles* või *PECL*, siis oleks vastav poolte kokkulepe kooskõlas TsMS § 742 lg-ga 1. Sama kindlat järeldust ei saa teha poolte valikuobjekti *lex mercatoria* suhtes, kuna *lex mercatoria* pole „õigusakt“ selle kõige otsesemas tähenduses.⁹⁴ Samas kui pooled valivad põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks *lex mercatoria*, siis tähistab see viidet justkui rahvusvahelistele õigusnormide kogumikele nagu *UNDIROIT Principles* ning *PECL* (tulenevalt nendes sisalduvatest artiklitest), kuna vastavad kogumikud on kohaldatavad siis, kui poolte valikuobjektiks on *lex mercatoria*. Ühendkuningriigi *Arbitration Act* ei luba valida pooltel *lex mercatoria*'t põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks, sest esiteks pole *lex mercatoria* konkreetne õigusakt ning teiseks muutuks vahekohtumenetluses vaidluse lahendamine äärmiselt raskeks ja ebamääraseks, mistõttu võiks järeldada ka Eesti kohta, et TsMS § 742 lg 1 kohaselt ei saaks põhivaidlusele kohalduva õiguse valikuobjektiks olla *lex mercatoria*.

⁹² *Arbitration Act* § 4(1) kohaselt Tabelis 1 välja toodud imperatiivsed sätted kohalduvad ka siis, kui pooled on vastupidiselt nende mitte kohaldumises kokku leppinud.

⁹³ *Eagle Star Insurance Co Ltd v Yuval Insurance Co*, 04.07.1977, Court of Appeal (Civil Division), [1978] 1 Lloyd's Rep. 357.

⁹⁴ Samuti ei saa TsMS § 742 lg-s 4 kirjeldatud „tava“ all mõista *lex mercatoria*'t. TsMS § 742 lg 4 kohaselt arvestab vahekohus vaidlust lahendades lepingutingimusi ja tavasid käesoleva paragrahvi lõigetes 1 ja 2 sätestatud juhul niivõrd, kui võrd seda lubab kohaldatav õigusakt.

2.1.2. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt poolte kokkuleppesest lahendada vaidlus „õigluse põhimõttel“ TsMS § 742 lg 3 kohaselt

Suur osa välisriikide vahekohtumenetluse seadustikest lubab vahekohtunikel lahendada vaidlus nn õigluse põhimõttele tuginedes. Eriti on nähtav vastav tendents sellistes välisriikides, kus riigisisene vahekohtumenetluse seadustik on koostatud UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul.⁹⁵ UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(3) kohaselt võib vahekohus vaidluse lahendada *ex aequo et bono* või kui *amiable compositeur* eeldusel, et pooled on selles eelnevalt kokku leppinud. Nii lubab ka Eesti TsMS § 742 lg 3 vahekohtul lahendada vaidluse õigluse põhimõttel, kui pooled on selles selgesõnaliselt kokku leppinud. TsMS eelnõu seletuskirjast tuleneb täpsemalt, et vahekohtule on antud õigus lahendada vaidlus *ex aequo et bono*, kui pooled on teda selleks selgelt volitanud. Taolise lahenduse kasuks on otsustatud tulenevalt sellest, et eriti rahvusvahelises vahekohtumenetluses mängib õiglusel baseeruv otsus üsna suurt rolli, samas, kui riiklik kohus on seotud materiaalõigusega ja võib õiglusevaatepunkte kohaldada siis, kui seadus seda lubab.⁹⁶ TsMS eelnõu seletuskirjast tuleneb, et Eesti TsMS on võtnud UNCITRAL-i mudelseaduse artiklist 28(3) üle vaid esimese variandi, kuna UNCITRAL-i mudelseadus teeb justkui vahet kahel variandil vaidluse lahendamisel *ex aequo et bono* ning kui *amiable compositeur*.⁹⁷ Järgnevalt tuleb käesoleva alapeatüki raames analüüsimisele kahe erineva võimaluse sisu, mille kohaselt on võimalik vahekohtul lahendada vaidlus õigluse põhimõttest lähtuvalt, ning ühtlasi, kas selliselt toimides peab Eestis toimuv vahekohus kohaldama ka mõne välisriigi õigust.

Õiguskirjanduses tehakse rangelt vahet kahel võimalikul viisil, mil vahekohus saaks lahendada põhivaidlust tulenevalt siis kas *ex aequo et bono*⁹⁸ või käitudes kui *amiable*

⁹⁵ Nii on näiteks Ühendkuningriigi, Austria, Belgia ning Küprose vahekohtumenetluse seadustikud koostatud UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul ning ühtlasi on võimalik nendest õigusaktidest tulenevalt põhivaidlust lahendada „õigluse põhimõttest“ lähtuvalt. Nimekiri riikidest, mille vahekohtumenetluse seadusandlus põhineb UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. (01.05.2014).

⁹⁶ TsMS eelnõu seletuskiri.

⁹⁷ Mõned autorid on spekulierinud niivõrd uuenduslikult justkui UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(3) sõnastus ei teegi tegelikult vahet vaidluse lahendamisel *ex aequo et bono* või kui *amiable compositeur*. Vt lähemalt J. Suchoža, R. H. Palková. Autonomy of Arbitrators – Decision-making on the Basis of *Ex Aequo et Bono*. In A. Bělohlávek, N. Rozehnalová, (eds.). Party Autonomy versus Autonomy of Arbitrators, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol II. Huntington, New York: Juris 2012, p 270, para 13.38. Antud seisukohaga aga ei saa käesoleva töö autor nõus olla, kuna kahe erineva valiku vahel on kasutatud ingliskeelset sõna „or“ (või), mitte aga sõna „and“ (ja), mistõttu ei saa alternatiive loovat lauset tõlgendada selliselt, et sidesõnal „or“ ei oleks selle sidesõna eesmärgi silmas pidades ka vastavat tähendust UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(3) asjaomases lauses.

⁹⁸ Õiguskirjanduses kohtab vastava termini kohta ka väljendeid *equity principes* (ingl); *en équité* (prantsuse) kasutuse osas vt näiteks E. Bertrand. L'amiable composition. Rapport du Groupe de travail du Comité français de

compositeur. Itaalia õigusteadlane Mauro Rubino-Sammartano⁹⁹ on esitanud teatava eristuse, mille kohaselt vaidluse lahendamine vahekohtunike poolt kui *amiable compositeur* tähendab seda, et vahekohtunik on kui „lepitaja“ poolte vahelises vaidluses ning taolise rolli rakendamine tähendab justkui protseduuri, mille raames vaidlus lahendatakse poolikult. Ja seda siis mitte vaidluse tulemuslikkuse mõttes, vaid protseduuri enda iseloomu arvestades, st et lahendamise protsess ei ole täisväärtuslik ning selline nagu tavaliselt vahekohtumenetluses. Seda eeskätt seetõttu, et prantsuskeelne sõna *compositeur* tähendab mitmes erinevas keeles lepitamist, kokkuleppe seadmist või lahendamist (ingl *to settle*), mistõttu ei saa Rubino-Sammartano meelest olla sellisel juhul tegemist õigusliku otsustusega. Seevastu vaidluse lahendamine *ex aequo et bono* tähendab *praeter legem* õigusliku otsustuse tegemist (ingl *to decide*) ning vahekohtunike õigust lahendada vaidlus moraali ning õigluse printsiipidest lähtuvalt. Sellest tulenevalt võivad vahekohtunikud õigust, mis kohalduks põhivaidlusele, nii-öelda ka leevendada. Täpsemalt, vahekohtunikel on õigus kujundada olemasolevast kehtivast seadusest seaduseväline oma „seadus“, mis põhineb moraali ning õiglusel. Asjaolu, et TsMS seletuskiri viitab võimalusele lahendada vahekohtunike poolt vaidlus *ex aequo et bono* ei ole ilmselt juhuslik valik¹⁰⁰, kuna see võimaldab *amiable compositeur* meetodiga võrreldes suuremat kindlustunnet, et vaidlus päädib lõpuks siiski õigusliku otsustusega, mitte mõne leebemat sorti lõpplahendiga. Vahekohtunikud peavad kaaluma asjaolusid ning tegema õigusliku otsustuse, mis on mõlema poole jaoks õiglane ning otstarbekas. Ei ole välistatud näiteks olukord, mil vahekohus leiab, et õiglane otsustus formuleeruski kõige paremini selliselt, kui vaidlus lahendatakse kõige paremini vastavat küsimust reguleeriva õigusakti kohaselt. Seega lahendades vaidlust õigluse põhimõttest lähtuvalt on vahekohtunike jaoks isegi keerulisem kui poolte poolt valitud konkreetse välisriigi õiguse järgi, kuna õigluse põhimõttele tuginedes peavad vahekohtunikud pidevalt meeles pidama poolte võrdsust ning selle tagama kogu vahekohtumenetluse vältel. Õigluse põhimõttel vaidluse lahendamise

la CCI. - International Business Law Journal 2005/6, pp 753-770; Saksa õiguses aga näiteks *nach Billigkeit* (saksa) ZPO §-s 1051(3).

⁹⁹ Vt lähemalt M. Rubino-Sammartano. *Amiable Compositeur* (Joint Mandate to Settle) and *Ex Bono et Aequo* (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited. - Journal of International Arbitration 1992/1, pp 5-16. Veel on autorist vastavat kaksikjaotust toetanud ka A. Tweeddale, K. Tweeddale, p 190, para 6.28, (*op.cit.*), kuid ei ole sellest edaspidi spetsiaalselt lähtunud.

¹⁰⁰ Erinevates riikides valikud ühe või teise kasuks aga varieeruvad. Nii on näiteks Prantsusmaal ning ka Quebecis võimalik kokku leppida poolte poolt, et vahekohus lahendab vaidluse kui *amiable compositeur*. Samas aga Eesti sarnased riigid on Šveits, Slovakkia, Itaalia ning ka Tšehhi, kus võivad pooled kokku leppida, et vahekohus lahendab vaidluse *ex aequo et bono*.

kokkuleppe sõlmimise võimalus on pooltel kuni vahekohtu otsuse tegemiseni, kuigi käosoleva magistritöö autor leidis selle kaheldava olevana.¹⁰¹

Ühendkuningriigi *Arbitration Act* § 46(1)(b) kohaselt lahendab vahekohus vaidluse „muudest kaalutlustest lähtuvalt“ (*other considerations*), kui pooled on selles kokku leppinud. Eelnevalt alapeatükis 2.1.1.3. sai märgitud, et näiteks *lex mercatoria* ei käi termini alla „muudest kaalutlustest lähtuvalt“, kuid siinkohal Ühendkuningriik on üks nendest riikidest, kus „muudest kaalutlustest lähtuvalt“ all mõeldakse vaidluse lahendamist kui *amiable compositeur* või *ex aequo et bono*, st et mõlema valiku kasuks on otsustatud ning võetud vastav sätte otse üle UNCITRAL-i mudelseaduse artiklist 28(3). *Arbitration Act* kommentaaride kohaselt tähendab see muuhulgas ka seda, et vahekohus võib vaidluse lahendada „õige südametunnistuse“ järgi.¹⁰² Ka Ühendkuningriigi kohtupraktika on toetab vahekohtunike sellist lähenemist, et lepingusätteid ei peaks tõlgendama jäigalt grammatiliselt, vaid tuleks pigem läheneda loomingulisemalt ning mõistlikult.¹⁰³ Ometi vastav kohtuotsus ei tunnista *expressis verbis* vahekohtunike võimalust lahendada vaidlus kui *amiable compositeur* või *ex aequo et bono*. Selle põhjuseks võib lugeda Ühendkuningriigi pikalt hoitud meelsust seoses osas, et ei tunnistatud vaidluse lahendamist millegi muu järgi kui vaid kehtiva õiguse järgi.

Isegi kui pooled on kokku leppinud TsMS kohaselt, et vaidlus lahendatakse õigluse põhimõttel, siis tulenevalt TsMS § 742 lg 3 ei või vahekohus kõrvale kalduda selle riigi õiguse imperatiivsetest sätetest, mida kohaldataks vaidluse lahendamisel õigluse põhimõtte kokku leppimata. Seega on võimalik, et isegi vaidluse lahendamisel õigluse põhimõttest lähtuvalt, peab Eestis asuv vahekohus kohaldama põhivaidlusele selle välisriigi õiguse imperatiivseid sätteid, mis riigi õigus oleks kohaldanud ka sellisel juhul, kui õigluse põhimõttel vaidluse lahendamises ei oleks kokku lepitud. TsMS jätab lahtiseks, kuidas määrata kohalduv välisriigi õigus ning seejärel kohaldada vastava välisriigi imperatiivseid sätteid, mis kohalduks põhivaidlusele, kui vaidluse lahendamine ei oleks kokku lepitud õigluse põhimõttest lähtuvalt. Võimalikud variandid, millise välisriigi õiguse imperatiivseid sätteid peaks kohaldama, oleksid kas selle riigi õiguse normid, mille kohaldamises põhivaidlusele olid pooled kokku leppinud või siis vastava välisriigi imperatiivsed sätted tuleks tuvastada selle õiguse järgi, mis tuleneks „seadusest“ TsMS § 742 lg 2 kohaselt. Kui

¹⁰¹ Vt alapeatükk 2.1.1.1.

¹⁰² Vt lähemalt *Arbitration Act Commentary*, p 227, (*op.cit.*).

¹⁰³ *Home and Overseas Insurance Co. Ltd. v Mentor Insurance Co. (U.K.) Ltd. (In Liquidation)*, 09.12.1988, Court of Appeal (Civil Division), [1990] 1 W.L.R. 153.

pooled on kokku leppinud, et põhivaidlus lahendatakse õigluse põhimõttest lähtuvalt, siis ei ole kuidagi võimalik teada, millises muus õiguses pooled oleks kokku leppinud, kui juhtumisi ei oleks pooled ka õigluse põhimõttes kokku leppinud. Seega saab järeldada, et kohalduvad sellisel juhul sellise välisriigi õiguse imperatiivsed normid, mida kohaldatakse „seadusest tulenevalt“ TsMS § 742 lg 2 kohaselt. Seadusest tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamisest on pikemalt juttu magistritöö alapeatükis 2.2., mistõttu praeguses alapeatükis ei kuulu vastav teema spetsiifilisemalt analüüsimisele.

Ettertuttavalt võib märkida, et imperatiivseteks normideks on eelkõige välisriigi (või ka Eesti, ehk vahekohtumenetluse asukohariigi) riigisisised normid, mille mittekohaldumises ei saa pooled kokku leppida.¹⁰⁴ Imperatiivsed normid võivad olla esiteks riigisisesele kohustuslikud, näiteks Eesti võlaõigusseaduses¹⁰⁵ (VÕS) on kõik need sätted imperatiivsed, mis ei ole märgitud dispositiivseteks ehk millest ei saa tehinguliselt muud moodi kokku leppida.¹⁰⁶ Samuti võivad normid ka rahvusvaheliselt olla imperatiivsed. Riigisisised imperatiivsed sätted ei pruugi alati saavutada rahvusvaheliselt imperatiivsete sätete iseloomu, kuid ühine joon on see, et nendest normidest teistsugune kokkulepe muudaks kogu regulatsiooni aluspõhimõtteid, mida siis ühe või teise sätte kuulutamise järel imperatiivseks üritatakse vältida. Riigisisised imperatiivsed sätted võivad erineda õiguskordade lõikes, mistõttu selleks, et teada, millised imperatiivsed sätted oleksid kohalduvad ka siis kui vahekohus lahendab vaidluse õigluse põhimõttest lähtuvalt, tuleb esmalt välja selgitada, millise välisriigi õigus oleks põhivaidlusele üldse kohaldatav. Seejärel saab alles hinnata, kas üks või teine säte on vastava välisriigi õiguses ka imperatiivne. Kuna välisriigi imperatiivsete sätete kohaldamisest vahekohtumenetluses tuleb põhjalikumalt juttu magistritöö alapeatükis 2.2.3., siis ei ole otstarbekas käesolevas alapeatükis teemat põhjalikumalt käsitleda.

Juhul kui pooled soovivad, et põhivaidlus lahendataks õigluse põhimõttest lähtuvalt ehk *ex aequo et bono*, peavad pooled selles selgesõnaliselt kokku leppima tulenevalt TsMS § 742 lg-st 3. Vaidluse lahendamine *ex aequo et bono* teeb vahekohus otsustuse lähtudes moraalist ning sellest, mis on õiglase arvestades mõlema poole huve. Selliselt kokku leppides peavad pooled arvestama sellega, et Eestis toimivas vahekohtumenetluses võib asja lahendamisel õigluse põhimõttest lähtuvalt tulla kohaldamisele ka mõne välisriigi imperatiivsed sätted, mis kohalduksid ka sellisel juhul, kui pooled ei oleks kokku leppinud, et

¹⁰⁴ Imperatiivsetest normidest on Eestis kirjutanud näiteks R. Jankelevitš. Avalik kord ja imperatiivsed sätted rahvusvahelises eraõiguses. - *Juridica* 2002/7, lk 479-486.

¹⁰⁵ Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487... RT I, 29.11.2013, 4.

¹⁰⁶ Üheks selliseks on näiteks VÕS § 78 lg 3, mille kohaselt võlausaldaja ning võlgnik ei saa kokkuleppega välistada või piirata kolmanda isiku õigusi.

vaidlus tuleb lahendada õigluse põhimõttest lähtuvalt. TsMS § 742 lg 3 mõttes imperatiivsed sätted on selle välisriigi õiguse sätted, mis kohalduksid sellisel juhul, kui pooled ei oleks kokku leppinud vaidluse lahendamiseks õigluse põhimõttest lähtuvalt. Tegemist ei ole aga kolmanda riigi imperatiivsete sätetega¹⁰⁷, mis kohalduvad olenemata sellest, mis on poolte poolt kokkulepitud õigus põhivaidluse lahendamiseks. Õigluse põhimõtte kokku leppimata tuleks sellisel juhul põhivaidlusele kohalduv välisriigi õigus TsMS § 742 lg-st 2 „tulenevalt seadusest“, ning seejärel selle sama välisriigi õiguse imperatiivsed sätted oleksid kohaldatavad ka juhul, kui pooled lepivad kokku põhivaidluse lahendamise õigluse põhimõttest lähtuvalt.

2.2. „Seadusest“ tulenevalt välisriigi õiguse kohaldamine põhivaidluse lahendamisel TsMS § 742 lg 2 kohaselt

2.2.1. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest

2.2.1.1. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt Rooma I, Rooma II määrustest ning Rooma konventsioonist

TsMS § 742 lg 2 kohaselt kui pooled ei ole põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppinud, siis tuleneb põhivaidlusele kohalduv õigus „seadusest“. TsMS eelnõu seletuskirjas ei ole täpsemalt selgitatud, mida tähendab termin „tulenevalt seadusest“. Tekivad küsimused, millist „seadust“ on seadusandja silmas pidanud, millest tulenevalt määratakse vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduv õigus, kui puudub poolte kokkulepe kohalduva õiguse kohta. UNCITRAL-i mudelseaduse säte, mille eeskujul on koostatud ka TsMS § 742, ütleb, et vahekohus lahendab vaidluse selliste kollisiooninormide pinnalt, kuidas heaks arvab (artikkel 28(2)). Seega ei ole TsMS-i § 742 sõna-sõnalt üle võetud UNCITRAL-i mudelseadusest ning ühtlasi ei kanna TsMS-i säte ka UNCITRAL-i mudelseadusega sama mõtet. Kummutades arvamust, et äkki TsMS-i vastavasisuline paragrahv on vaid UNCITRAL-i mudelseaduse ingliskeelse tõlke tõttu sellise sõnastusega, tuleb märkida, et ka ingliskeelses TsMS-i tõlkeversioonis on kasutat väljendit „*and applicable law does not arise from an Act*“. Seega on kasutatud sõna „seaduse“ tõlkimisel sõna „*Act*“. Kuna EKTK reglement ühtib suures osas samuti UNCITRAL-i mudelseaduse ning seetõttu ka TsMS-iga, siis võiks eeldada, et TsMS-i ja EKTK reglemendi põhivaidlusele kohalduva õiguse sätte sõnastus on sarnane. EKTK reglemendi § 18 lg 2 kohaselt, kui pooled ei ole kohaldatavas

¹⁰⁷ Kolmanda riigi imperatiivsete sätete võimalikku kohaldumist põhivaidlusele ning kohaldamata jätmise tagajärgi Eestis toimivas vahekohtumenetluses on käsitletud alapeatükis 2.2.4.

õiguses kokku leppinud ja kohaldatavat õigust ei ole võimalik kindlaks määrata tulenevalt seadusest või rahvusvahelise õiguse normidest, kohaldab ETKK Arbitraažikohus Eesti õigust. Seega ETKK reglemendi asjaomasest paragrahvist tuleneb kaks alternatiivi kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduva õiguse määramiseks: kas samuti seadusest või rahvusvahelise õiguse normidest. Käesolevas alapeatükis leitakse, kas TsMS § 742 lg 2 kohaselt tuleb „seadusest tuleneva põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmise“ all mõista eeskätt Eesti õiguskorra rahvusvahelise eraõiguse norme Eestis toimuva rahvusvahelise vahekohtumenetluse korral, mille kohaselt sarnaselt riiklikus kohtus määratakse kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduv õigus juhul, kui vaidlus kuulub rahvusvahelise eraõiguse õigusaktide kohaldamisalasse. Kuna eesmärgiks on leida võimalus, kuidas määrata Eestis toimivas vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduv välisriigi õigus, siis lähtub edasine analüüs sellest, millised viisid võiksid kaasa tuua kõik muu peale Eesti õiguse kohaldamise.

Eesti õiguskorra rahvusvahelise eraõiguse õigusaktid, mis reguleerivad kohaldatavat õigust nii lepingulistele kui ka lepinguvälistele õigussuhetele, on EL-i tasandil vastavalt Rooma I ja Rooma II määrused. Rooma määrused kohalduvad kõikides EL-i liikmesriikides, välja arvatud Taanis.¹⁰⁸ Seega kui vahekohtumenetluse kohaks (*seat of arbitration*) on Eesti, siis võiksid kohalduda Rooma määrused ka Eestis toimuvale vahekohtumenetlusele. Antud seisukoht leiab põhjendamist alljärgnevalt, keskendudes esmalt Rooma I määruse võimalikule kohaldamisele vahekohtumenetluses ning seeläbi ka Eestis toimivas vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva välisriigi õiguse leidmisele. Teiseks analüüsitakse Rooma II määruse võimalikku kohaldamist vahekohtumenetluses põhivaidlusele. Kuna Rooma I määruse nn eelkäija Rooma konventsiooni sõnastus on identne Rooma I määruse sõnastusega selles osas, mis reguleerib kohaldamisala vahekohtumenetluses, siis seetõttu ei ole eraldi Rooma konventsiooni võimalikku kohaldamist analüüsitud. Juhul kui jõutakse järeldusele, et vahekohtumenetluses võiks põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel lähtuda Rooma I määrusest, siis Rooma konventsiooni kohaldamine erineb vaid selles osas, kas pooltevaheline leping sõlmiti ajavahemikul 1. oktoober 2006 kuni 16. detsember 2009, mil kohalduks siis Rooma konventsioon.

Rooma I artikli 1(1) kohaselt kohaldatakse vastavat määrust seaduste konflikti korral lepingulistele võlasuhetele tsiviil- ja kaubandusasjades. Artikkel 1(2) nimetab võimalikud valdkonnad, mis jäävad määruse reguleerimisalast välja. Artikkel 1(2)(e) kohaselt jäävad

¹⁰⁸ Vt Rooma I määruse preambula punkt 46, mille kohaselt Taani ei osale käesoleva määruse vastuvõtmisel ning see ei ole tema suhtes siduv ega kohaldatav. Sama sisuga preambula punkt 40 Rooma II määruks. Tuleb tähele panna, et Rooma I määruks kohaldub lepingutele, mis sõlmiti alates 17.12.2009.

Rooma I määruse kohaldamisalast välja arbitraažikokkulepped¹⁰⁹ ning kohtualluvuse kokkulepped. Samasugust klauslit¹¹⁰ sisaldas ka Rooma konventsioon. Rooma konventsiooni koostamise eel oli arutelu¹¹¹ selle üle, kas vahekohtu kokkulepped tuleks Rooma konventsiooni kohaldamisalast välja jätta või mitte. Eeskätt just Ühendkuningriik toetasid vahekohtu kokkulepete hõlmamist Rooma konventsiooniga põhjustel, et esiteks vahekohtu kokkulepe on kui igasugune pooltevaheline leping, mistõttu ei oleks asjakohane ühte lepingu tüüpi jätta konventsiooni kohaldamisalast välja ning teiseks, et puudus ammendav regulatsioon Ühenduse õiguses, mis käsitleks vahekohtu kokkuleppele kohalduvat õigust. Suure vastasseisu tõttu¹¹² aga jäeti vahekohtu kokkulepped Rooma konventsiooni kohaldamisalast välja. Vahekohtu kokkuleppe väljajäämist Rooma I kohaldamisalast kinnitab ka määruse ettepanek¹¹³, mille kohaselt vahekohtu kokkuleppele kohalduv õigus on piisavalt reguleeritud muude instrumentidega.

Vahekohtumenetluses on võimalik, et vaidlusele kohaldub korraga kolm erinevat õigust: õigus, mis kohaldub vahekohtu kokkuleppele; õigus, mis kohaldub vahekohtu menetlusele ning õigus, mis kohaldub poolte vahel sõlmitud põhilepingule. Kuna Rooma I määruse artikkel 1(2)(e) sõnastusest tuleneb, et vaid vahekohtu kokkulepped jäävad määruse kohaldamisalast välja, siis ei laiene vastav välistus poolte vahel sõlmitud põhilepingule. Alljärgnevalt on esitatud võimalikud argumendid toetamaks seda, kas Rooma I määrus võiks olla kohaldatav Eestis toimivas vahekohtumenetluses rahvusvahelise vaidluse korral põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel.

Esiteks Giuliano-Lagarde'i raportist tuleneb, et olukorras, kus vahekohtu kokkulepe on põhilepingu üks osa ehk n-ö lepingutingimus, siis Rooma konventsioon välistas kohaldumise

¹⁰⁹ Rooma I määruse ingliskeelses versioonis on vastav termin „*arbitration agreement*“, eestikeelses versioonis on tõlge „arbitraažikokkulepped“.

¹¹⁰ Rooma konventsiooni artikkel 1(2)(d) välistas vastava konventsiooni kohaldamisalast samuti arbitraažikokkulepped (ingl *arbitration agreements*) ning kohtualluvuse kokkulepped (ingl *agreements on the choice of court*).

¹¹¹ M. Giuliano, P. Lagarde. Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. - Official Journal of the European Communities. No. C 282/1, 31.10.80, pp 11-12. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1980:282:0001:0050:EN:PDF> (01.05.2014). (Edaspidi „Giuliano-Lagarde raport“).

¹¹² Rooma konventsiooni kohaldamisega vahekohtu kokkulepetele ei olnud nõus nii Prantsusmaa kui ka Saksamaa, tuues põhjusteks, et esiteks vahekohtu kokkuleppele „lähima seose“ printsiibi kohaldamine tulenevalt Rooma konventsioonist tekitaks raskusi, teiseks leiti, et kuna vahekohtu kokkuleppe protseduurilisi ning materiaaõiguslikke aspekte on raske eristada ja seda isegi ekspertidel endal, siis ilmselt ainsaks instituudiks Rooma konventsiooni kohaldamisalas jääks poolte tahe sõlmida vahekohtu kokkulepe. Seega nähti olevat vähe mõtet sellel, et Rooma konventsioon kohalduks ka vahekohtu kokkulepetele.

¹¹³ Rooma I määruse ettepanek, lk 4, (*op.cit.*).

vaid sellele konkreetsele vahekohtu kokkuleppe tingimusele ja mitte põhilepingule.¹¹⁴ Seega Rooma konventsiooni loojad pidi ka ise võimalikuks, et põhilepingu osas tuleb konventsiooni kohaldamine lahtiseks jätta ning puudub igasugune põhjus, miks tavalisele poolte vahelisele põhilepingule (eeldusel, et leping on tsiviil- ja kaubandusvaldkonnas) ei peaks Rooma konventsioon kohalduma, olenemata sellest, kus põhilepingust tõusetuv vaidlus lahendatakse (kas siis riiklikus kohtus või vahekohtus). Kuna vastav argument esitati juba Rooma konventsiooni loomise ajal, siis kehtib see eranditult ka Rooma I määruse kohta. Kuna konventsioon on Rooma I määruse eelkäija ning vahekohtumenetlust puudutava sõnastuse osas on need õigusaktid identsed.

Teiseks kui Rooma I määruse kohaldamisalast oleks soovitud välja jätta kogu vahekohtumenetlus, siis oleks võinud Rooma I määruse sõnastus artiklis 1(2)(e) seda ka toetada. Käesoleval juhul on aga välistatud määruse kohaldamine vahekohtu kokkuleppele ning välistuse sõnastus ei ole näiteks „reguleerimisalast jäetakse välja vahekohtud“, millest võiks eeldada, et määruse kohaldumise välistus kehtib kogu vahekohtumenetluse kohta, sh ka põhilepingule. Euroopa Kohus on rõhutanud kohtuasjas *EMU Tabac*¹¹⁵, et EL-i õiguse sätteid tuleb tõlgendada mitme erineva keele valguses ning ei tohi lähtuda vaid ühe keele tõlkest. Seega on inglise keeles vastav vahetegu „vahekohtu“ ning „vahekohtu kokkuleppe“ vahel palju tuntavam – on suur vahe, kas välistatud on „arbitration“ või „arbitration agreements“. Prantsuse keeles kas „l'arbitrage“ või „les conventions d'arbitrage“ ning saksa keeles kas siis vastavalt „Schiedsgerichtsbarkeit“ või „Schiedsvereinbarungen“. Seega grammatiliselt tõlgendades artiklit 1(2)(e) on Rooma I määruse kohaldamisalast välja jäetud ainult vahekohtu kokkulepped.

Kolmandaks käsitleb Giuliano ja Lagarde'i raport¹¹⁶ privaatautonoomiast tulenevat õigust pooltel ise valida vaidlusele kohalduv õigus tulenevalt Rooma konventsiooni artiklist 3(1). Muuhulgas viitab antud raport ka vahekohtupraktikale, mille kohaselt kehtib samasugune privaatautonoomia põhimõtte ka vahekohtus. Lisaks vastav poolte valik kohalduva õiguse osas peab olema selge ja arusaadav, ning vastava kohalduva õiguse valiku täpsustamisel võib kohus lähtuda ka selles, millise riigi pooled valisid vahekohtumenetluse asukohariigiks. Vastav viide vahekohtumenetluse asukohariigile kui ühele võimalusele määrata põhivaidlusele kohalduv õigus on selge tõestus selle kohta, et nii Rooma konventsioon kui ka

¹¹⁴ Giuliano-Lagarde raport, p 12, (*op.cit.*).

¹¹⁵ ECJ 02.04.1998, C-296/95, *The Queen v Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac and others*, para 36.

¹¹⁶ Giuliano-Lagarde raport, p 17, (*op.cit.*).

Rooma I määrus võiks olla kohaldatavad vahekohtumenetluses põhivaidlusele. Vastupidisel juhul ei oleks Giuliano ja Lagarde'i raport tuginenud asjaolule, millise riigi on pooled valinud vahekohtumenetluse asukohaks, millest tulenevalt võib tuletada ka põhivaidlusele kohalduvat õigust Rooma konventsiooni artikli 3(1) mõttes.

Neljandaks kui väita, et Rooma I määrus ei oleks kohaldatav vahekohtumenetluses põhivaidlusele, siis kõik vastavad erisätted Rooma I määruses, mis määratlevad põhivaidlusele kohalduva õiguse teatud kaitse-eesmärgist lähtuvalt¹¹⁷, ei omaks vahekohtumenetluses mitte mingisugust tähendust ning pooled oleksid sellisel juhul formaalselt võrdsed. Sellisel juhul saaksid pooled eirata nõrgema poole kaitse kontseptsiooni leppides kokku, et vaidlus lahendatakse vahekohtus, kus justkui Rooma I määrusest tulenevad erisused kohalduva õiguse osas ei ole siduvad. Ka Eesti TsMS sisaldab sätet tarbija kaitseks vahekohtumenetluses, mille kohaselt peab vahekohtu kokkulepe sisaldama tarbija omakäeliselt allakirjutatud või digitaalallkirjaga varustatud dokumendis, kui vahekohtu kokkuleppe teiseks pooleks on tarbija¹¹⁸, kuid see on ka ainus nõ mööndus TsMS-is seoses vahekohtumenetluses teatud isikute grupi kaitsmise eesmärgiga.

Viiendaks argumendiks, miks Rooma I määrusest tulenevad sätted vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel võiks olla kohaldatavad, on see, et Rooma I määrus kasutab kahel korral lisaks sõnale „kohus“ ka sõna „tribunal“. Eestikeelses Rooma I määruse tõlkes ei ole huvitaval kombel vastavat vahetegu tõlgitud, kuid ingliskeelses versioonis on sõna „tribunal“ sees määruse preambula punktides 12 ning 15. Ainus selgitus sellele saaks olla, et „tribunali“ all Rooma I määruses mõeldud vahekohut. Vastav argument on kõige nõrgem, kuna Euroopa Kohus on korduvalt öelnud¹¹⁹, et vahekohtu tribunal ei ole Euroopa Ühenduse asutamislepingu¹²⁰ artikli 234 mõttes kohus ega tribunal. Seega reeglina ei saaks Rooma I määrus toodud „tribunal“ viidata vahekohtule, mis ei tähenda, et Rooma I määrus ei oleks kohaldatav vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel.

¹¹⁷ Nii on näiteks Rooma I määruses tarbijalepingu puhul kohalduva õiguse määramine poolte valiku puudumisel eraldi reguleeritud artiklis 6, kuna tarbijat loetakse kaitset vajavaks nõrgemaks pooleks EL-i õiguses.

¹¹⁸ TsMS § 719 lg 2.

¹¹⁹ ECJ 23.03.1982, 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, paras 10-12 (edaspidi „*Nordsee*“); ECJ 25.01.2005, C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier v Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA*, paras 12-13.

¹²⁰ Euroopa Ühenduse (EÜ) asutamislepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 321, 29.12.2006, lk 37-186. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229et00010331.pdf> (01.05.2014). Vastav artikkel on praeguse Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versiooni (ELTL) artikkel 267. – ELT C 326/01, 26.10.2012, lk 47-199. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:326:FULL&from=ET>. (01.05.2014).

Eeltoodust tulenevalt tuleb tõdeda, et eksisteerib kõnekaid argumente selle kasuks¹²¹, et Rooma I määrus võiks olla kohaldatav vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel. Sellisel juhul võiks ka Eestis toimuva menetluse raames lepingulise vaidluse¹²² korral vahekohus kohaldada üldreeglina Rooma I määruse artiklit 4, et määrata põhivaidlusele kohalduv õigus tulenevalt „seadusest“ TsMS § 742 lg 2 järgi. Kui aga vaidluse ese on seotud kas tarbijalepingu, veolepinguga või näiteks kindlustuslepinguga, siis võiks vahekohus kohaldada erisätteid põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel. Kuna Rooma I määruse artikkel 4 sisaldab erinevaid viise, mille kohaselt võiks põhivaidlusele kohalduva õiguse kindlaks teha, siis võibki juhtuda, et Eestis asuv vahekohtkohus peab kohaldama mõne välisriigi õigust, kuna näiteks tulenevalt Rooma I määruse artiklist 4(1)(a) on kauba müümise lepingule kohalduv õigus selle riigi õigus, kus on müüja harilik viibimiskoht. Sellisel juhul ei ole välistatud, et Eestis toimuv vahekohtumenetluses on menetlusosalisest müüja harilik viibimiskoht Saksamaal, mistõttu tuleb vahekohtumenetluses põhilepingule kohaldada Saksa õigust.

Kui Rooma I määruse sõnastus andis võimaluse esitada mitmeid argumente selle kasuks, et Rooma I määrus võiks olla kohaldatav Eestis toimuv vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel, siis Rooma II määruse võimaliku kohaldumise kasuks on raskem leida veenvaid argumente eriti arvestades määruse enda sõnastust. Rooma II määruse artikli 1(1) kohaselt kohaldatakse vastavat määrust seaduste konflikti korral lepinguvälistele võlasuhetele tsiviil- ja kaubandusajades. TsMS § 717 lg annab võimaluse lahendada Eestis toimuv vahekohtumenetluses ka kindlaksmääratud lepinguvälist vaidlust. TsMS eelnõu seletuskirja¹²³ kohaselt on õigussuhe kindlaksmääratud siis, kui seda saab vahekohtu kokkuleppe sõlmimise ajaks tagasi viia individuaalsele või individualiseeritavale alusele, näiteks kindlale sündmusele, mille tagajärjeks võib olla õigussuhe. Ei ole seega välistatud, et vahekohtumenetlus võib põhivaidluse esemeks olla alusetu rikastumisest või käsundita asjaajamisest tulenev vaidlus. Alljärgnevalt tulevad analüüsimisele mõningad argumendid

¹²¹ Ei saa märkimata jätta, et on ka autoreid, kes ei poolda Rooma I määruse kohaldamist vahekohtumenetluses põhivaidlusele. Nii leiab näiteks Saksa õigusteadlane Alexander Grimm, et kui Rooma määrused oleksid kohaldatavad vahekohtumenetluses põhivaidlusele, siis piiraksid nad oluliselt poolte privaatautonomia põhimõtet, eriti need piirangud, mis tulenevad kohalduva õiguse erisätetest Rooma I määruses (artiklid 3(3)(4), 5(2), 6(2), 7(3), 8(1) ning 9). Vt lähemalt A. Grimm. *Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration*. - *SchiedsVZ* 2012/4, pp 189-200, (edaspidi „A. Grimm“); lisaks vt veel Lew/Mistelis/Kröll, p 421 ff, (*op.cit.*).

¹²² TsMS § 717 lg 1 kohaselt on vahekohtu kokkuleppe poolte kokkuleppe anda vahekohtu lahendada nende vahel tekkinud või tekkida võivast kindlaksmääratud lepingulisest või lepinguvälisest suhtest tulenev vaidlus.

¹²³ TsMS eelnõu seletuskiri, (*op.cit.*).

selle poolt, et Rooma II määrus võiks olla kohaldatav vahekohtumenetluses lepinguvälisele põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel.

Esiteks tuleb kohe ära märkida, et kui Rooma I määruse artikkel 1(2)(e) välistas selgesõnaliselt määruse kohaldamisalast „vahekohtu kokkulepped“ (ingl *arbitration agreements*), siis Rooma II määrus ei sisalda üldsegi mingisugust välistust kohaldamisala kohta vahekohtumenetluses. Ainus sõnaline viide Rooma II määruses on preambula punkt 8, mille kohaselt käesolevat määrust tuleks kohaldada „igat liiki kohtus“. Ingliskeelne versioon sätestab täpsemalt, et „*court or tribunal*“. Sarnaselt Rooma I määruse tõlkega, on ka siinkohal jäetud eesti keeles tõlkimata sõna „tribunal“. Prantsuskeelne versioon järgib ingliskeelset sõnastust: „*la cour ou tribunal*“ tehes samuti vahet nii tavakohtul kui ka tribunalil. Saksakeelses versioonis on samuti kasutusel vaid selline konstruktsioon „*angerufenen Gerichts*“, mis ei tee vahet kohtul ja tribunalil, vaid märgib lihtsalt „asjaomane kohus“. Kuigi eelnevalt sai mainitud, et Euroopa Kohtu praktika ei toeta sellist lähenemist, et tribunalil all saaks mõelda ka vahekohut, siis olenemata sellest leiab käesoleva magistritöö autor, et asjaolu, et Rooma II määruse koostamise ajal „tribunali“ all ei ole otsesõnu mõeldud vahekohut, ei muuda automaatselt võimatuks Rooma II määruse kohaldumist vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel.

Teiseks kui Rooma II määruse autorid oleksid tahtnud selgesõnaliselt vahekohtud vastava määruse kohaldamisalast välja jätta, siis oleks seda ka mingil määral tehtud. Nii näiteks Brüssel I määruse¹²⁴ artikkel 1(2)(d) välistab määruse kohaldamisalast „vahekohtud“ ning Rooma I määruse välistus artiklis 1(2)(e) piirdub „vahekohtu kokkulepetega“. Rooma II määrus ei sisalda sõnagi võimaliku vahekohtu või vahekohtu kokkuleppe välistamise osas. Kuna ajaliselt jõustus Brüssel I määrus varem kui Rooma II määrus¹²⁵, siis ei saa ka sellele tugineda, et ei mõeldud korralikult selle peale, kas määruses tuleks välistada kohaldumine vahekohtutele või mitte. Selge on see, et Eesti kontekstis ei oleks mitte ühtegi kaalukat põhjust, miks vahekohus ei võiks kohaldada Rooma määruseid põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel, lisaks TsMS ei paku välja ka paremat lahendust. Eesti TsMS ei võimalda UNCITRAL-i mudelseaduse näitel vahekohtunikel näiteks ise määrata võimalikud kollisioonireeglid, mille järgi oleks võimalik määrata põhivaidlusele kohalduv õigus.¹²⁶

¹²⁴ Euroopa Liidu Nõukogu 22.12.2000 määrus (EÜ) nr 44/2001, kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades („Brüssel I“). – EÜT L, 16.01.2001, lk 1-37. (Edaspidi „Brüssel I määrus“).

¹²⁵ Rooma II määrus kohaldub alates 11.01.2009.

¹²⁶ UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(2) kohaselt on vahekohtunikul õigus ise määrata kohalduv õigus selluste kollisiooninormide järgi, mida ta peab vajalikuks. Üheks eelduseks peab loomulikult olema see, et peab puuduma poolte sõnaselge kokkulepe põhivaidlusele kohalduva õiguse osas.

Samas Ühendkuningriigi *Arbitration Act* § 46(3) lubab samuti vahekohtunikel ise valida asjaomased kollisioonireeglid, mille kohaselt saaks määrata põhivaidlusele kohalduv õigus. Seega ilma *expressis verbis* välistuseta ei saa automaatselt eeldada, et Rooma II määrus ei oleks kohaldatav vahekohtumenetluses. Rooma II määruse võimalikku kohaldamist toetab ka TsMS § 742 lg 2 enda sõnastus.

Kolmandaks sisaldab ka Rooma II määrus kohalduva õiguse erisätteid deliktidele artiklites 5-9, mis kaitsevad teatud hüvesid või on mõeldud nõrgema pole kaitseks.¹²⁷ Nii näiteks artikkel 5 sätestab kohalduva õiguse määramise tootja vastutuse puhul, kus siis kollisiooninormi eesmärgiks on tagada muuhulgas tarbijate tervise kaitsmine.¹²⁸ Artiklis 6 on sätestatud kohalduva õiguse erinorm kõlvatu konkurentsi ning vaba konkurentsi piirava tegevuse jaoks, kus kaitstavaks hüveks on konkurendid, tarbijad ning avalikkus¹²⁹, artiklis 7 sisalduv erinorm keskkonnakahjude jaoks on mõeldud kõrgetasemeliselt kaitsma keskkonda¹³⁰ ning artiklis 9 sisalduv erinorm kaitseb töötajate ja tööandjate õigusi ja kohustusi.¹³¹ Seega kui eeldada, et Rooma II määrus ei oleks kohaldatav vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel, siis jääksid vahekohtus nende isikute õigused kaitseta, millega Rooma II määruse puhul on arvestatud. See võimaldaks vahekohtus nimetatud vaidluste korral saavutada teistsugune lahendus, kui vaidlust lahendaks riiklik kohus. Ning argument, et see ongi risk, mida pooled võtavad, kui lepivad kokku vaidluse lahendamisega vahekohtus, ei oleks asjakohane, kuna vahekohtus toimuva menetluse raames peavad sarnaselt menetlusega riiklikus kohtus olema poolte õigused ausale ja võrdsele menetlusele tagatud.¹³²

Seega sarnaselt Rooma I määrusega, kui Eestis toimuv vahekohtumenetluses kohaldatakse Rooma II määruse asjaomaseid sätteid lepinguvälisele põhivaidlusele, siis ei ole välistatud, et selliselt peab Eestis olev vahekohus kohaldama põhivaidlusele välisriigi õigust, tulenevalt sellest, millise välisriigi õigusele Rooma II määruse säte viitab. Eelpool toodust tulenevalt eksisteerib kõnekaid argumente selle kasuks, et Eestis toimuv vahekohtumenetluses võiks poolte kokkuleppe puudumisel tuletada põhivaidlusele kohalduv välisriigi õigus EL-i

¹²⁷ Teatud hüvede ning nõrgema poole kaitsmise argumenti on toetanud ka Rooma II määruse kommentaaride autor Andrew Dickinson. Vt lähemalt A. Dickinson. *The Rome II Regulation: the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press 2008, pp 160-161.

¹²⁸ Rooma II määruse artikkel 5 ning preambula punkt 20.

¹²⁹ Rooma II määruse artikkel 6 ning preambula punkt 21.

¹³⁰ Rooma II määruse artikkel 7 ning preambula punkt 25.

¹³¹ Rooma II määruse artikkel 9 ning preambula punkt 27.

¹³² TsMS § 732 lg 1 kohaselt tuleb vahekohtumenetluses pooli kohelda võrdsetena.

rahvusvahelise eraõiguse normidest lähtuvalt. Kuna esmapilgul jääb mõistmatuks, mida tähendab TsMS § 742 lg-s 2 toodud viide „tulenevalt seadusest“, siis tuleks TsMS § 742 lg-d 2 tõlgendada selliselt, et rahvusvahelise vaidluse korral tuleks kohaldada EL-i rahvusvahelise eraõiguse norme, kui pooltevahelised põhilepingud on sõlmitud kas pärast 1. oktoobrit 2006 (siis kohaldub Rooma konventsioon) või alates 17. detsembrist 2009 (kohaldub Rooma I määrus) ning alates 11. jaanuarist 2009 (kohaldub Rooma II määrus). Nendest õigusaktidest tulenevalt võiks Eestis toimuv vahekohtumenetluses määrata põhivaidlusele kohalduva õiguse poolte kokkuleppe puudumisel ning seda ühtlasi ka EL-i õiguse kohaldamise printsiipidest tulenevalt, millest tuleb juttu järgnevas alapeatükis.

2.2.1.2. Välisriigi õiguse kohaldamine lähtudes EL-i õiguse otsekohaldatavusest ning ülimuslikkusest ning selle kohaldamata jätmise võimalikud tagajärjed

Kuigi rahvusvahelist vahekohtumenetlust reguleerivad edukalt NYC ning UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul loodud riigisisised seadused, ei ole see piisavaks põhjuseks, miks vahekohtumenetluses ei võiks EL-i õigust kohaldada. ETL artikli 288 kohaselt kohaldatakse määrust üldiselt ning see on tervikuna siduv ja vahetult kohaldatav kõikides liikmesriikides. Ka Euroopa Kohus on öelnud oma otsuses¹³³, et kõik liikmesriigid peavad EL-i õigust täielikult ning ühetaoliselt kohaldama alates sellest hetkest peale kui need jõustuvad ning kuni nende kehtivuse lõpuni. Lisaks rõhutas Euroopa Kohus, et kui liikmesriigi riigisisised normid on vastuolus EL-i õigusnormidega, siis tulenevalt EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõttest¹³⁴ kohalduvad sellisel juhul EL-i õigusnormid riigisiseste normide asemel. Käesolevas alapeatükis esitatakse võimalikud argumendid toetamaks seda, et Eestis toimuv vahekohtumenetluses võiks kohaldada EL-i rahvusvahelise eraõiguse norme tulenevalt EL-i õiguse otsekohaldatavuse ning ülimuslikkuse põhimõtetest. Lisaks on käsitleb käesolev alapeatükk võimalikke tagajärgi, kui Eestis olev vahekohus ei kohalda rahvusvahelise vaidluse korral EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusakte, et määrata vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduv õigus tulenevalt TsMS § 742 lg-st 2 poolte kokkuleppe puudumisel.

Kui Eesti EL-iga liitus, siis sellest tulenevalt muutus Eesti jaoks kohustuslikuks kogu EL-i õiguse, muuhulgas EL-i teise õiguse (direktiivid, määrused, otsused) kohaldamine.¹³⁵

¹³³ ECJ 09.03.1978, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, paras 14, 17.

¹³⁴ EL-i õiguse ülimuslikkuse ning otsekohaldatavuse osas vaata lähemalt P. Craig, G. Búrca. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. New York: Oxford University Press: 2011, Ch. 7 and Ch. 9.

¹³⁵ Samuti ka Ühendkuningriigi kohtupraktika kinnitab EL-i õiguse ülimuslikkust Ühendkuningriigi õiguse suhtes, mille kohaselt on leitud, et Ühendkuningriigil on alati kohustus riigisisese ning EL-i õiguse konflikti

Sealjuures tuleb Eestis arvestada ka Euroopa Kohtu praktikat. Tulles vahekohtumenetluse juurde, on Euroopa Kohus leidnud, et liikmesriigid peavad rakendama vajalikke meetmeid tagamaks, et liikmesriigi territooriumil oleks EL-i õigusnormid täielikult ellu viidud.¹³⁶ Lisaks on Euroopa Kohus teinud olulise otsuse *Eco Swiss*¹³⁷, millest saaks etteruttavalt järeldada, et vahekohtunikud peaksid kohaldama EL-i õigust, eriti, mis puudutab EL-i konkurentsioigust, ning seda isegi *ex officio*.¹³⁸ *Eco Swiss* kaasus oli tähtis kahel põhjusel. Esiteks pidi Euroopa Kohus hindama, milliseid nõudeid esitab EL-i õigus riigisisestele protseduurireeglitele vahekohtumenetluse kontekstis, ning teiseks, tegemist oli esimese lahendiga, kus Euroopa Kohus defineeris teatud EL-i norme avaliku korra säteteks. Täpsemalt, kas vahekohus peab Euroopa Ühenduse asutamislepingu artiklit¹³⁹ 81 kohaldama omal initsiatiivil ning kas riiklikel kohtutel on õigus vahekohtu otsuseid tühistada põhjusel, et need on vastuolus EL-i konkurentsioiguse normidega. Kohtujurist leidis oma arvamuses *Eco Swiss* kaasuses, et vahekohtunikud ei pea automaatselt kohaldama EL-i õigust, kuivõrd taoline kohustus peaks tulenema nende enda initsiatiivil ning seetõttu peaksid nad loobuma passiivsest vaidluse lahendaja rollist.¹⁴⁰ Samas aga kohus lisas, et kõnealune EÜ asutamislepingu artikkel on avaliku korra säte, mistõttu selle kohaldamata jätmine võib vahekohtu otsuse tühistamiseni viia sellise sätte alusel, mis reguleerib riigisiselt vahekohtu otsuse tühistamist olukorras, kus vastava sättega mitteametamine oleks avaliku korraga vastuolus.¹⁴¹ Ehk siis kokkuvõtlikult tuleneb *Eco Swiss* kaasusest asjaolu, et kui vahekohus jätab asjaomases kaasuses arvestamata EÜ asutamislepingu artikliga 81, siis kujutab see endast nii riigisisese avaliku korraga vastuolus olemist kui ka sellisel juhul EL-i omaga. Küsimusele, kas vahekohus peaks vastavat sätet kohaldama *ex officio*, jättis Euroopa Kohus küll vastamata, kuid tulenevalt *Van*

korral kohaldada EL-i õigust. Vt *Regina v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. and Others* (No. 2), 11.11.1990, House of Lords, [1991] 1 A.C. 603, p 658.

¹³⁶ ECJ 06.10.1981, 246/80, *C. Broekmeulen v Huisarts Registratie Commissie*, para 16.

¹³⁷ ECJ 01.06.1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. (Edaspidi „*Eco Swiss*“). Antud kohtulahend oli oluline seetõttu, et see käsitles probleeme, millest varem oli Euroopa Kohus oma lahendites keeldunud lahendamast.

¹³⁸ Antud kohtulahendi võimalike tõlgenduste üle on palju spekulatsioonid. Vt lähemalt näiteks N. Shelkopyas. *European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash*. – *European Business Organization Law Review*, 2002/3, pp 569-591.

¹³⁹ EÜ asutamislepingu artikli 81 kohaselt on keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi siseturu piires (praegune ELTL artikkel 101).

¹⁴⁰ *Case Eco Swiss, (op.cit.)*, opinion of Advocate General Saggio, para 26. (Edaspidi „*Eco Swiss kohtujuristi arvamus*“).

¹⁴¹ *Eco Swiss* kaasuses on lisaks märgitud, et kuna EÜ asutamislepingu artikkel 81 on fundamentaalne säte, mis on vajalik selle jaoks, et EL saaks oma ülesandeid täita, sh hoolitseda riigisisese turu funktsioneerimise eest, mistõttu on vastav säte avaliku korra säte NYC-i mõttes (punktid 36 ja 39).

*Schijndel*¹⁴² kaasusest, tuleb igal liikmesriigil ise otsustada tulenevalt riigisisestest protseduurireeglitest, kas EL-i õigust tuleks kohaldada *ex officio* või mitte, st kuidas on riigisiselt reguleeritud kohtuniku (vahekohtuniku roll) selles osas, et ise tõstatada küsimus asjaomase kohalduvast õigusest. Seega koosmõjus nii *Eco Swiss* kui ka *Van Schijndel* kaasustest saab tuletada, et vahekohus võiks siiski kohaldada EL-i konkurentsioigust *ex officio*, vältimaks vahekohtu otsuse tühistamist või tunnustamise ja täitmise keeldumist riigisisese õiguse ning NYC-i alusel. Ilmselt ei eksisteeri vastav kohustus *ex officio* kogu EL-i õiguse kohta, vaid antud kaasustest tulenedes saaks vahekohtuniku kohustust kohaldada EL-i õigust vaid konkurentsioiguse valdkonnas. Lisaks vahekohtu otsuse tühistamine või tunnustamisest ja täitmisest keeldumine sõltub suuresti ka sellest, milline on riigisisene vahekohtumenetluse seadusandlus selles osas.

Ühtlasi kerkib küsimus, kas pooled ei võiks kokku leppida vahekohtu kokkuleppes, et välistatakse EL-i õiguse kohaldumine. Sellisel juhul oleks pooltel võimalik teostada piiramatult privaatautonomia põhimõtet, mis peaks vahekohtumenetluses üheks alustalaks olema. Euroopa Kohus on ka sellele vastuse andnud oma lahendis *Nordsee*¹⁴³, kus kohus leidis, et EL-i õigust peab kohaldama liikmesriikide territooriumil täielikult ning pooled ei saa sellest kokku leppida teisiti. Seega isegi pooled nii kokku lepiksid, siis tulenevalt *Eco Swiss* ning *Van Schijndel* kaasusest oleks ohus vahekohtumenetluse lõpliku otsuse tühistamine või selle mitte tunnustamine ja täitmine.

Aastaid hiljem läks Euroopa Kohus veel kaugemale oma otsustega, kus *Ingmar*¹⁴⁴ kaasuses luges kohus kohustuslikuks kohaldada EL-i teisest õigust olukorras, kus üks pooltest ei ole liikmesriik ning vaidlusele kohalduv õigus ei ole liikmesriigi õigus, kuid ainsaks sidemeks EL-iga oli see, et ühe poole tegevus toimub liikmesriigis. Küsimus oli selles, kas poolte jaoks olid kohustuslikud direktiivi¹⁴⁵ sätted, mis käsitlesid füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsevate kaubandusagentide tegevust liikmesriikides. Kohus leidis, et vastava õigusakti sätted, mis kaitsevad kaubandusagente (artiklid 17-19), tuleb lugeda imperatiivseteks säteteks ning seetõttu tuleb neid kohaldada kogu EL-i territooriumi piires ning sellest ei saa mööda minna ka selliselt, kui pooled on kohalduvaks õiguseks valinud mõne muu riigi õiguse, mis ei ole

¹⁴² ECJ 14.12.1995, joined cases C-430/93 and C-431/93, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, para 33. (Edaspidi „*Van Schijndel*“).

¹⁴³ *Nordsee*, para 14, (*op.cit.*); sama põhimõtet toonitas Euroopa Kohus ka *Eco Swiss* kaasuses, vt lähemalt *Eco Swiss* kohtujuristi arvamus, para 30, (*op.cit.*).

¹⁴⁴ ECJ 09.11.2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* (Edaspidi „*Ingmar*“).

¹⁴⁵ Euroopa Liidu Nõukogu 18.12.1986 direktiiv 86/653/EMÜ füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsevate kaubandusagentide tegevust käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta. - ELT L 382, 31.12.1986, lk 17-21.

liikmesriik üldse. Sellest tulenevalt saab öelda, et ka vahekohtunikel eksisteeriks samasugune EL-i õiguse kohustuslike sätete kohaldamise kohustus vältimaks vahekohtu otsuse hilisemat tühistamist või tunnustamise ja täitmise keeldumist riikliku kohtu poolt.¹⁴⁶ Sarnaselt Euroopa Kohtuga on ka Ühendkuningriigi kohtupraktika¹⁴⁷ selles suunas läinud, et Kanadas tehtud vahekohtulahend, mis ei olnud arvestanud EL-i õiguse imperatiivsete sätetega, ei ole tunnustatav ega täidetav Ühendkuningriigis. Samas aga Ühendkuningriigi *Arbitration Act* § 69(2)(a) lubab apelleerida vahekohtu otsuse peale ka poolte kokkuleppel või ka kohtu loal (§ 69(2)(b)), seega sisaldab *Arbitration Act* palju rohkem võimalikke aluseid, mil vahekohtu otsuse peale saaks apelleerida, et vastavat otsust ei tunnustatakse ega täidetakse. Sarnast apelleerimise võimaluse alust poolte kokkuleppe näol Eesti TsMS ei tunne, mistõttu Eestis tehtud vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine ei saaks ka Eesti riiklikus kohtus sellel alusel ohus olla.

Eelnevalt sai leitud, et vahekohtus justkui eksisteeriks teatav kohustus kohaldada nii EL-i konkurentsioigust kui ka muul viisil EL-i teise õiguse imperatiivseid sätteid, eesmärgiga, et lõplik vahekohtotsus ei kuuluks mõnes riiklikus kohtus tühistamisele ning et selle tunnustamisest ja täitmisest ei keeldutaks. Sellest tulenevalt kui arvestada Rooma I ning Rooma II määruste lepingulistele või lepinguvälistele vaidlustele kohalduva õiguse määramise võimalikkust, siis võiks Euroopa Kohtu praktikat arvesse võttes spekuloida, et sarnane kohustus eksisteerib vahekohtus ka Rooma I ning Rooma II määruse kohaldamisel. Liikmesriikide jaoks on EL-i õigus ülimuslik ning ühtlasi ka otsekohaldatav. Lisaks näitab ka Euroopa Kohtu ning ka Ühendkuningriigi kohtupraktika, et teatavate EL-i õiguse sätetega mitteamestamisest võib juhtuda, et vahekohtu otsus tühistatakse või keeldutakse selle tunnustamisest ja täitmisest. Sellisel juhul peaks liikmesriigis tegutsev vahekohus leidma, et Rooma I või Rooma II määruse asjaomaseid sätteid on vajalik kohaldada, kuna nende mittekohaldamine oleks vastuolus avaliku korraga või see tuleneb vastavate kollisiooninormide imperatiivsest iseloomust. Ilmselt EL-i õigusaktide kollisiooninormid ei saavuta imperatiivsete sätete iseloomu ning nende mittekohaldamine vahekohtumenetluses ei ole vastuolus liikmesriigi avaliku korraga.¹⁴⁸ See ei tähenda, et vahekohtumenetluses saaks kõrvale heita EL-i õiguse ülimuslikkuse ning otsekohaldatavuse printsiipe. Nendest

¹⁴⁶ Sarnasele seisukohale on jõudnud ka Lew/Mistelis/Kröll, para 19-50, (*op.cit.*).

¹⁴⁷ *Accentuate Limited v ASIGRA Inc (a company incorporated in Canada)*, 30.10.2009, High Court of Justice Queen's Bench Division, [2009] EWHC 2655 (QB).

¹⁴⁸ Samasugust seisukohta, et EL-i õigusaktide kollisiooninormid ei ole imperatiivse iseloomuga, toetab ka õigusteadlane Burcu Yüksel, vt B. Yüksel. The Relevance of the Rome I Regulation To International Commercial Arbitration in the European Union. - *Journal of Private International Law* 2011/1, pp 174, (edaspidi „B. Yüksel“); A. Grimm, p 196, (*op.cit.*).

printsipiidest tulenevalt võiksid vahekohtus liikmesriikides kaaluda EL-i õigusaktide kollisiooninormide kohaldamist, seevastu kohustuseks ei saa seda vahekohtunike jaoks lugeda tulenevalt *Eco Swiss*, *Van Schijndel* ning *Ingmar* lahenditest, kuna EL-i õigusaktide kollisiooninormid ei oma imperatiivsete sätete iseloomu. Kui vastav kohustus *ex officio* eksisteeriks vahekohtunike jaoks, siis tingiks see olukorra, kus väga spetsiifiliselt hakatakse valida vahekohtumenetluse asukohariiki eesmärgiga, et näiteks EL-i õigusaktide kollisiooninormid ei peaks vastavas riigis kohalduma. Mitteliikmesriigi vahekohtus ei oleks põhjust EL-i õigusaktide kollisiooninormidele tugineda, kuna vastava riigi vahekohtud ei oleks seotud ilmselt kuidagi EL-i õiguse kohaldamise põhimõtetega. EL-i õigusaktide kollisiooninormide kohaldamise kohustuslikkus oleks ütle mata piirav vahekohtumenetluse jaoks, kuna ühtlasi see kahandaks vahekohtumenetluse eeliseid riiklike kohtute eest ning piiraks poolte privaatautonomia põhimõtet lahendada vaidlus ükskõik millisest õigusest lähtuvalt ilma, et lõpliku vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine oleks ohustatud. Kuigi vastav kohustus puudub vahekohtunike jaoks, ei tähenda see, et EL-i rahvusvahelise eraõiguse normide kohaldamise peaks vahekohtumenetluses täielikult välistama.

Eesti kontekstis tuleks TsMS § 742 lg-d 2 tõlgendada selliselt, et kokkuleppe puudumisel kohaldatakse põhivaidlusele õigust Eesti rahvusvahelise eraõiguse normide kohaselt. Kuna TsMS-i kõnealune paragrahv viitab, et kohalduv õigus tuleneb „seadusest“, siis Rooma I ja Rooma II sõnastust, määruste koostamisele eelnevat arutelu ning EL-i õiguse ülimuslikkust ja otsekohaldatavust arvestades võiks põhivaidlusele kohalduv õigus Eestis toimuvas vahekohtumenetluses tuleneda rahvusvahelise eraõiguse kollisiooninormidest. Vastav kohustus ei saaks eksisteerida sellises riigis, kus on riigisisest vahekohtumenetlust reguleerivasse seadusesse üle võetud UNCITRAL-i mudelseaduse säte, mille kohaselt võib vahekohtunik ise ära määratleda kohalduva õiguse kollisioonireeglid, millised tunduvad sobivad. Eestis ei saaks vahekohtunikud selliselt talitada tulenevalt sellest, et TsMS ei võimalda vahekohtunikel ise kollisioonireegleid määrata, vaid vahekohus peab lähtuma „seadusest“. Seega saaks käesoleval juhul olla võimalus kohaldada rahvusvahelise eraõiguse norme eeskätt Eestil.

Selleks, et TsMS § 742 lg 2 oleks arusaadavam, võiks termini „tulenevalt seadusest“ asemel olla „tulenevalt Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest“. Veel suuremat segadust tekitab ETK reglemendi § 18 lg 2, kus vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldatav õigus tuleneb kas „seadusest“ või „rahvusvahelise õiguse normidest“.¹⁴⁹ Tegelikult viitavad

¹⁴⁹ ETK reglemendi § 18 lg 2 ingliskeelses versioonis on „pursuant to law or international law norms“, mis on otsetõlge eestikeelsest versioonist.

vastavad alternatiivid ühele ja samale asjale – rahvusvahelise eraõiguse õigusaktidele. Seega võiks ka ETKK reglemendi § 18 lg 2 olla sõnastatud paremini, kus kokkuleppe puudumisel tuleks esmalt vahekohtul põhivaidlusele kohaldatav õigus tuletada „rahvusvahelise eraõiguse õigusaktidest/normidest“ ning kui viimasest pole võimalik kohalduvat õigust tuletada, siis kohaldatakse Eesti õigust. ETKK reglemendi § 18 lg-d 2 ei oleks mõttekas siduda just Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidega, kuna ETKK Arbitraažikohtus peetavate rahvusvaheliste vaidluste pooled ei pruugi olla rahul sellega, et ETKK reglemendis on sätestatud kohustus lähtuda mingi kindla riigi rahvusvahelise eraõiguse normidest. TsMS-i ning ETKK reglemendi sõnastus ei ole korrektne ning võib tekitada Eestis toimivas rahvusvahelises vahekohtumenetluses üksjagu arusaamatusi kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel.¹⁵⁰ Seega ilmneb, et juhul kui tegemist ei ole EL-i imperatiivse õigusega, mida EL-i õigusaktide kollisiooninormid ei ole, siis ei saaks riiklik kohus hiljem vahekohtu otsust tühistada või selle tunnustamisest ja täitmisest keelduda. Samas ei ole välistatud, et võiks kaasneda muid tagajärgi seoses EL-i õiguse kohaldamata jätmisega.

Eeltoodust tulenevalt ei saaks vahekohtu otsus olla riiklikus kohtus tühistatav või mittetunnustatav ja -täidetav ainuüksi sellel alusel, et vahekohus ei kohaldanud Rooma I või Rooma II määrusest tulenevaid kollisiooninorme põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmiseks, kuna vastavad kollisiooninormid ei ole avaliku korra osa ega oma imperatiivsete sätete iseloomu EL-i õiguse kontekstis. Õiguskirjanduses on argumenteeritud, et ehk võiks kaasneda konkreetse riigi vastutus, kus vahekohtumenetlus toimub¹⁵¹, Rooma I ning Rooma II määruse mittekohaldamise tõttu põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmiseks ning seeläbi kahju tekitamist füüsiliste või juriidilistele isikutele.¹⁵² Rahvusvahelise eraõiguse õigusnormide mittekohaldamine kujutaks endast EL-i õiguse rikkumist, kuna määruseid pole kohaldatud olukorras, kus see oleks ehk olnud vajalik hoidmaks ära kahju tekkimist ühele poolele.

¹⁵⁰ Sarnane probleem ei saaks ilmneda, kui Eestis toimivas vahekohtumenetluses puuduks rahvusvaheline element ning ühtlasi ei oleks pooled põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppinud. Seda seetõttu, et esiteks sellisel juhul ei saaks vahekohus põhivaidlusele kohalduvat õigust üldsegi tuletada „tulenevalt seadusest“, kuna puudub vajadus viidata EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidele, mistõttu peaks Eestis toimuv vahekohus igatahes kohaldama Eesti õigust. Teiseks oleks taoline lahendus ka äärmiselt praktiline, kuna kui vahekohtumenetlus toimub Eestis vahekohus, pooled on seotud Eestiga, rahvusvaheline element vaidluses puudub, siis kõige loogilisem oleks pooltel kohaldada põhivaidlusele ka Eesti õigust, mida toetab ka TsMS § 742 lg 2 loogika.

¹⁵¹ Käesoleval juhul tuleb võtta eelduseks, et vahekohtumenetluse asukoht on Eesti.

¹⁵² B. Yüksel, pp 175-177, (*op.cit.*).

Kuna ELTL-is kahju hüvitamist reguleerivad sätted puuduvad, siis tugineb vastav nõue õiguse üldpõhimõtetele. Kahjunõude kujundas Euroopa Kohus oma lahendites *Francovich*¹⁵³, *Brasserie du Pêcheur*¹⁵⁴, ning on korranud juba öeldut lahendites näiteks *Hedley Lomas*¹⁵⁵ ning *Heim*¹⁵⁶. Esiteks *Francovich*'ist tulenes üldine riigivastutuse põhimõte, mille kohaselt peab riik hüvitama isikutele EL-i õiguse rikkumisega tekitatud sellise kahju, mille tekitamise eest võib riiki vastutavaks pidada, sh kahjunõude aluseks on õiguse üldpõhimõte. Teiseks lahendis *Brasserie du Pêcheur* andis Euroopa Kohus suunitlused, millistel tingimustel peab riigivastutus pöhinema: rikutud EL-i õigusnorm peab andma õigusi isikutele, rikkumine peab olema piisavalt selge (tõsine, jäme) ning liikmesriigile pandud kohustuse rikkumise ja kahjustatud isikute kantud kahju vahel peab olema otsene põhjuslik seos. Lisaks tulenes lahendist *Brasserie du Pêcheur*, et riigivastutuse põhimõte kehtib ka juhul, kui rikkujaks on ükskõik milline riigiorgan, millega kahju tekitamine on seostatav: kas seadusandlik, kohtulik või hoopis täidesaatev organ.¹⁵⁷ Oma lahendis *Köbler*¹⁵⁸ täpsustas Euroopa Kohus veel, et riigivastutuse põhimõte on kohaldatav ka siis, kui viimase astme riiklik kohus rikub EL-i õigust.

Tuginedes Euroopa Kohtu praktikale, siis võiks kaaluda ka argumenti sellest, et kui vahekohus kohaldab Rooma I või Rooma II määruse asemel mõnda riigisisest normi põhivaidlusele kohalduva õiguse osas, mis on vastuolus EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidega, siis saaks kohaldada vastava riigi suhtes riigivastutuse printsiipi, kuna on rikutud EL-i õigust, ehk on jäetud see kohaldamata olukorras, kus oleks pidanud seda tegelikult tegema. Samas tekiks suure tõenäosusega raskusi tõendamaks võimaliku kahju¹⁵⁹ tekkimist

¹⁵³ ECJ 19.11.1991, joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, para 37. Vastavas lahendis oli küsimuse all see, kas Itaalia riik oli tähtaegselt riigisiselt oma seadusandlusesse sisse viinud direktiivi töötajate kaitse jaoks töandja pankroti korral. Euroopa Kohus leidis, et Itaalia ei olnud seda tähtaegselt teinud, mistõttu oli Itaalia riik vastutav EL-i õiguse rikkumise eest. (Edaspidi „*Francovich*“).

¹⁵⁴ ECJ 05.03.1996, joined cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*. (Edaspidi „*Brasserie du Pêcheur*“).

¹⁵⁵ ECJ 23.05.1996, C-5/94, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*.

¹⁵⁶ ECJ 09.02.1994, C-319/92, *Salomone Haim v Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*.

¹⁵⁷ *Brasserie du Pêcheur*, paras 32-36, (*op.cit.*).

¹⁵⁸ ECJ 30.09.2003, C-224/01, *Gerhard Köbler v Republik Österreich*.

¹⁵⁹ Õiguslik mõiste „kahju” hõlmab nii varalist kahju selle kitsas tähenduses, st isiku varade vähenemist, kui ka kahjustava sündmuse tõttu saamata jäänud tulu. Kahju hüvitamise eesmärk on kahju kandnud isiku varade viimine olukorda, milles need oleksid olnud, kui õigusvastast tegu ei oleks toimunud, või vähemalt olukorda, mis on lähim olukorrale, milles vara oleks olnud, kui õigusvastast tegu ei oleks toimunud. Need üldised põhimõtted ei piirdu eraõigusega, vaid kehtivad ka avaliku võimu kandjate vastutuse suhtes ja eelkõige ühenduse lepinguvälise vastutuse suhtes. Vt lähemalt kohtujuristi arvamus asjas ECJ 28.06.2007, C-331/05 P,

ning ka põhjusliku seose olemasolu kahju ja rikkumise vahel, kuid see ei saaks olla ka välistatud.

Vahekohtumenetluses ei saaks ikkagi Rooma I või Rooma II määrusele mittetuginemist põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmiseks pidada Euroopa Kohtu praktika valguses EL-i õiguse rikkumiseks, kuna esiteks ei tulene liikmesriikide vahekohtunikele *ex officio* kohustust kohaldada vahekohtumenetluses EL-i õigusaktide kollisiooninorme ning teiseks oleks kahju ning põhjusliku seose kahju ja rikkumise vahel tõendamine raskendatud, kui et mitte isegi võimatu. Seega ainus võimalik tagajärg, mis võiks EL-i õigusaktide kollisiooninormide mittekohaldamine kaasa tuua, oleks vahekohtu otsuse hilisem tühistamine või tunnustamisest ja täitmisest keeldumine riikliku kohtu poolt, juhul kui sama riigi vahekohtu otsuse tühistamist, tunnustamist ja täitmist reguleerivas seadusandluses on rohkem aluseid selleks (nagu seda oli Ühendkuningriigi *Arbitration Act*'is, et vahekohtu otsuse peale saab apelleerida tulevealt poolte kokkuleppest või kohtu loal). Seega reeglina ei kaasne tõsist õiguslikku järelmit seoses sellega, et vahekohus jättis poolte kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduva õiguse määramata tulenevalt EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest. Seega arvestades praegust TsMS § 742 lg 2 sõnastust, võiks Eestis toimuv vahekohus poolte kokkuleppe puudumisel määrata põhilepingule kohalduv õigus EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest lähtuvalt eeldusel, et põhilepingu sõlmimise aeg jääb EL-i õigusaktide kollisiooninormide kohaldamiseks vajaliku perioodi sisse. Juhul kui Eestis vahekohus ei lähtuks rahvusvahelise vaidluse korral EL-i õigusaktide kollisiooninormidest ning määraks põhivaidlusele kohalduva õiguse ise, võiks tegemist olla vaidluse käsitlemisega vahekohtu poolt, mis ületab vahekohtu kokkuleppe piire TsMS § 751 lg 1 p 4 mõttes. See annaks aga aluse vahekohtu otsuse tühistamiseks Eestis.

2.2.2. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt REÕS-ist

Juhul kui pooled on sõlminud põhilepingu ajavahemikul 1. juuli 2002 kuni 1. oktoober 2006 (kuna Rooma konventsiooni kohaldatakse lepingutele, mis sõlmiti ajavahemikul peale 1. oktoobrit 2006 kuni Rooma I määruse jõustumiseni 17. detsembril 2009), siis võiks vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduv õigus tuleneda REÕS-ist. Käesolevas magistritöös on EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest ning REÕS-ist tulenevalt vahekohtumenetluses põhivaidlusele võimaliku kohalduva õiguse määramise võimalusi käsitletud erinevates alapeatükkides. Seda seetõttu, et REÕS-i kohaldamine on ajaliselt erinev

Internationaler Hilfsfonds eV v Commission of the European Communities, opinion of Advocate General Trstenjak, 28.03.2007, para 75.

(st alates 1. juulist 2002 kuni 1. oktoober 2006) võrreldes Rooma määruste ja Rooma konventsiooni kohaldamisega. Alljärgnevalt analüüsitakse, kas REÕS-i kohaldamine vahekohtumenetluses oleks võimalik põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel.

REÕS-ist tuleneb põhilepingule kohaldatav õigus riiklikus kohtus sellisel juhul, kui rahvusvahelises vaidluse pooled on põhilepingu sõlminud ajavahemikul 1. juuli 2002 kuni 1. oktoober 2006. REÕS-i sätetest otseselt ei tulene viidet sellele, et kohaldatava õiguse normid võiksid sarnaselt kehtida ka vahekohtumenetluses. REÕS-i 6. osa reguleerib nii lepingulistele¹⁶⁰ kui ka lepinguvälistele suhetele¹⁶¹ kohalduvat õigust. REÕS § 30 kohaselt ei kohaldata REÕS lepingulisi kollisiooninorme juriidiliste isikute asutamislepingutele, samuti juriidilise isiku organite ja osanike või liikmete isiklikule seadusest tulenevale vastutusele juriidilise isiku kohustuste eest. REÕS § 48 lg 1 kohaselt on lepinguväliste kollisiooninormide kohaldamisalast välja jäetud samad valdkonnad, mis Rooma II määrusest. Kuna Rooma II määrus kohaldamisala ei räägi sõnagi vahekohtu ega vahekohtu kokkulepete kohta, siis saab järeldada, et ilma selge välistuseta on võimalik, et ka REÕS asjaomased sätted kohalduksid vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse leidmisel. Poolte vahel sõlmitud põhilepingu olemus ei muutu tulenevalt sellest, kas pooled on otsustanud vaidluse lahendada vahekohtus või riiklikus kohtus, seega ei tohiks piirata ka REÕS-i kohaldamist poolte vahel sõlmitud põhilepingule kohalduva õiguse leidmisel. Seega kui jõuda otsustuseni, et EL-i rahvusvahelise eraõiguse normid on kohaldatavad vahekohtumenetluses tulenevalt TsMS § 742 lg 2 sõnastusest („tulenevalt seadusest“), siis tuleb jaatada ka REÕS võimalikku kohaldumist vahekohtumenetluses.

Seega kuna REÕS ise ei välista otseselt vahekohtumenetluses REÕS-i võimalikku kohaldatavust, siis põhilepingutele, mis on sõlmitud ajavahemikul 1. juuli 2002 kuni 1. oktoober 2006, oleks mõeldav, et kohaldatav välisriigi õigus tuleneb REÕS-i sätetest, mis reguleerivad vastavalt lepingulisi või lepinguväliseid olukordi. Kuna põhilepingu olemus ei muutu seoses sellega, millise iseloomuga vaidluste lahendamise institutsioonis asja lahendatakse, siis ei tohiks ainuüksi seetõttu, et pooled otsustasid vaidluse lahendada vahekohtus ja mitte riiklikus kohtus, REÕS-i kohaldumist vahekohtumenetluses välistada. Samas ei kehti REÕS-i kohaldamine sellisel juhul, kui Eesti on sõlminud mõne riigiga õigusabilepingu ning ühtlasi ei ole vastavad riigid ka EL-i liikmesriigid.

¹⁶⁰ REÕS 6. osa 1 peatükk.

¹⁶¹ REÕS 6. osa 2 peatükk.

2.2.3. Välisriigi õiguse kohaldamine tulenevalt Eestiga sõlmitud õigusabilepingutest

Kui vaidlus vahekohtumenetluses hõlmab menetlusosalisi Vene Föderatsiooni või Ukraina kodakondsusega, tuleneks vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldatav õigus Eesti sõlmitud õigusabilepingute asjaomastest sätetest. Eestiga sõlmitud õigusabilepingute pooled Vene Föderatsioon ning Ukraina ei ole EL-i liikmesriigid, mistõttu selguse huvides on käsitletud õigusabilepinguid eraldiseisvas alapeatükis võrreldes EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktidega ning REÕS-iga. Alljärgnevalt analüüsitakse, kas Eestiga sõlmitud õigusabilepingute kohaldamine oleks võimalik vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse määramisel.

Eesti ja välisriikide sõlmitud õigusabilepingutest tulenevalt põhilepingule kohaldatava õiguse leidmine on mõnevõrra keerulisem, kuna õigusabilepingud ei pruugi reguleerida selliseid valdkondi, mis on reguleeritud näiteks REÕS-is või EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktides. Eesti on sõlminud õigusabilepingud viie välisriigiga – Läti ja Leedu¹⁶², Poola¹⁶³, Ukraina ning Venemaa Föderatsiooniga. EL-i liikmesriikide omavahelises suhtluses asendavad õiguslepinguid EL-i määrused.¹⁶⁴ Seda aga valdkondades, kus määrused ja õigusabilepingud reguleerivad samu küsimusi. Kuna Ukraina ega Venemaa pole EL-i liikmesriigid, siis nende riikide puhul on prioriteetsem õigusabilepingute kohaldamine võrreldes EL-i määrustega.¹⁶⁵ Seega kui Eestis toimuv vahekohtumenetluses peaks üks pooltest näiteks olema Vene või Ukraina kodakondsusega¹⁶⁶, siis võiks kõne alla tulla vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õiguse määramine tulenevalt õigusabilepingute asjaomastest sätetest. Probleemiks on aga see, et nii Eesti-Vene kui ka Eesti-Ukraina õigusabilepingute kohaldamisalast on välja jäetud näiteks lepingulised

¹⁶² Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. - RT II 1993, 6, 5.

¹⁶³ Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades. - RT II 1999, 4, 22.

¹⁶⁴ Brüssel I määruse artikli 69 kohaselt asendab vastav määrus Eesti, Läti, Leedu õigusabilepingut ning Eesti-Poola õigusabilepingut. Sarnane regulatsioon sisaldub ka Brüsseli II bis määruse artiklis 59(1). – Euroopa Liidu Nõukogu 27. 11.2003 määrus (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 („Brüssel II bis“). - ELT L 338, 23.12.2003, lk 1 - 29.

¹⁶⁵ Selliselt on sätestatud ELTL artiklis 351, mille kohaselt aluslepingute sätted ei mõjuta õigusi ja kohustusi, mis tulenevad enne 1. jaanuari 1958 või ühinevate riikide puhul enne nende ühinemise kuupäeva sõlmitud lepingutest ühe või mitme liikmesriigi ja ühe või mitme kolmanda riigi vahel. Õigusabilepingute kohta vt täpsemalt M. Torga. Õigusabilepingute kohaldamine tsiviilvaidluste lahendamisel Eesti kohtutes. Kohtute aastaraamat 2012, lk 76-81. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.riigikohus.ee/vfs/1467/Kohtute_aastaraamat2012_veeb.pdf (01.05.2014).

¹⁶⁶ Õigusabilepingute kohaldatavuse eelduseks on just eeskätt kodakondsus, vt näiteks Eesti-Vene õigusabilepingu artiklit 1(1), mille kohaselt ühe lepingupoole kodanikel on teise lepingupoole territooriumil oma isiklike ja varaliste õiguste suhtes samasugune õiguskaitse nagu selle lepingupoole kodanikelgi.

vaidlused.¹⁶⁷ Kui Eesti-Vene õigusabileping ei reguleeri kohalduvat õigust lepingulistele vaidlustele (sh ka siis poolte sõlmitud põhilepingule kohalduvat õigust), siis võiks põhilepingu sõlmimise kuupäevast lähtudes alates 1. juulist 2002 vahekohtumenetluses kohaldada REÕS asjaomaseid sätteid, pärast 1. oktoobrit 2006 Rooma konventsiooni asjaomaseid sätteid ning alates 17. detsembrist 2009 üldsegi Rooma I määruse kollisiooninorme, mis reguleerivad kohalduva õiguse määramist põhivaidlusele lepingulise vaidluse korral. Samasugune skeem kehtiks ka vahekohtumenetluses lepinguväliste vaidluste puhul, kui selgub, et nii Eesti-Vene või Eesti-Ukraina õigusabileping ei reguleeri vahekohtumenetluses olevale põhivaidlusele kohalduvat õigust.¹⁶⁸ Ainsa erisusena tuleks arvestada siinkohal sellega, et Rooma II määrus kehtib lepingutele, mis on sõlmitud alates 11. jaanuar 2009. Seega kui Venemaa või Ukrainaga sõlmitud õigusabilepingu kohaldamisala kattub vahekohtumenetluses oleva põhivaidluse olemusega, siis on võimalik, et põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks on mõne välisriigi õigus, mille kohaldamisele viitab õigusabilepingute asjaomased sätted. Kui Vene või Ukraina õigusabilepingutes pooltevahelisele vaidlusele kohalduva õiguse osas puudub regulatsioon, siis tuleneb põhilepingule kohalduv õigus EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest või REÕS-ist. Sealjuures tuleb silmas pidada põhilepingu sõlmimise kuupäeva või kahju põhjustanud sündmuse toimumise aega, mille põhjal kohaldub siis kas Rooma I määrus, Rooma konventsioon, Rooma II määrus või REÕS.

Seega kui on tegemist Eestis toimuva vahekohtumenetluse, kus ühel pooltest on kas Vene või Ukraina kodakondsus, siis ei ole välistatud, et põhivaidlusele kohalduva õiguse määramine saaks toimuda Eesti-Vene või Eesti-Ukraina õigusabilepingutest tulenevate kohalduva õiguse sätete najal. See eeldab aga seda, et pooltevaheline vaidlus kuuluks õigusabilepingute kohaldamisalasse. Juhul kui õigusabilepingud ei reguleeri sellist lepingulist või lepinguvälist põhivaidlust, siis tuleks Eestis toimuvas vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohaldatav õigus määrata kas REÕS-ist või EL-i rahvusvahelise eraõiguse normidest lähtuvalt. Sealjuures tuleb alati arvestada põhilepingu sõlmimise kuupäevaga, kuna sellest oleneb, millise õigusakti järgi tuleb vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduv õigus määrata.

¹⁶⁷ Eesti-Vene õigusabilepingu artikli 39(1) kohaselt määratakse tehingu vorm selle teostamise koha seadusandluse järgi. Seega reguleerib Eesti-Vene õigusabileping vaid tehingu vormile kohalduva õiguse määramist, mitte aga lepingulisele vaidlusele või poolte vahel sõlmitud põhilepingule kohalduvat õiguse määramist. Samasugune regulatsioon on ka Eesti-Ukraina õigusabilepingu artiklis 32(1).

¹⁶⁸ Nii on näiteks Eesti-Vene ning Eesti-Ukraina õigusabilepingute kohaldamisalast välja jäetud alusetu rikastumise, käsundita asjaajamise ning ka *culpa in contrahendo* instituutidest tulenevate regulatsioonidele kohalduva õiguse määramine. Rooma II määruse kohaldamisalasse kuuluvad aga vastavad instituudid.

2.2.4. Välisriigi õiguse kui kolmanda riigi „imperatiivsete sätete“ kohaldamine ja nende kohaldamata jätmise tagajärjed sõltumata põhivaidlusele kohalduvast õigusest

2.2.4.1. Kolmandate riikide imperatiivsete sätete sisu ja kohaldamise eeldused

Rahvusvahelises eraõiguses on imperatiivsete sätete¹⁶⁹ doktriin¹⁷⁰ laialt tuntud, mille kohaselt peab asja lahendav riiklik kohus arvestama ka sellise riigi materiaalõiguslike imperatiivsete sätetega, mis aga ei ole põhivaidlusele kohaldatav õigus. Selline lähenemine riigisisestes kohtutes peaks tagama tasakaalu poolte privaatautonomoomia ning ühtlasi ka riigi huvide vahel. Rooma I määruse artikkel 9(1) kohaselt üldist kehtivust omavad sätted on need sätted, mille järgimist peetakse riigi avalike huvide, näiteks tema poliitilise, sotsiaalse või majanduskorralduse kaitsmise seisukohast niivõrd oluliseks, et need on kohaldatavad igas olukorras, mis kuulub nende reguleerimisalasse, olenemata sellest, milline õigus oleks lepingule kohaldatav Rooma I määruse alusel.¹⁷¹ On vaieldud, kas peaks või võiks lugeda iga riigi imperatiivseid sätteid, mis omavad üldist kehtivust, rahvusvahelistes vaidlustes kohtute poolt kohaldatavateks. Rooma I määruse artikkel 9(3) piiritleb imperatiivsete normide kohaldamise ulatuse, mille kohaselt võidakse kohaldada selle riigi õiguse üldist kehtivust omavaid sätteid, kus lepingust tulenevaid kohustusi tuleb täita või on täidetud, niivõrd kui need üldist kehtivust omavad sätted muudavad lepingu täitmise ebaseaduslikuks. Vahekohtumenetluses on kolmandate riikide imperatiivsete sätete doktriin mõnevõrra laiem, kuna vahekohtumenetluses võib tulla kõne alla ka selliste imperatiivsete sätete kohaldamine, millel esmapilgul puudub igasugune seos vahekohtumenetluses oleva vaidluse esemega.

Jättes rahvusvahelise eraõiguse imperatiivsed sätted kõrvale, siis olukorras, kus pooled on Eestis toimivas vahekohtumenetluses kokku leppinud põhilepingule kohalduvas õiguses, võib siiski tulla kõne alla, et vastav vahekohus peab kohaldama ka sellise välisriigi õiguse sätteid, milles pooled ei ole kokku leppinud ning mis ei tulene ka muudest ilmsetest kaalutlustest (muud kaalutlused võiksid olla näiteks vahekohtumenetluse asukohariigi kohustuslike sätete kohaldamine või põhivaidlusele kohalduva õiguse imperatiivsete sätete kohaldamine).

¹⁶⁹ Käesolevas magistritöös kasutatakse mõistet „imperatiivsed sätted”, kuna sama mõiste sisaldub ka TsMS § 742 lg-s 3.

¹⁷⁰ Imperatiivsete sätete kohta Rooma I määruse kontekstis vaata lähemalt J. Harris. Mandatory Rules and Public Policy under Rome I Regulation in F. Ferrari, F. S. Leible, (eds.). Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe. Munich: Sellier. European Law Pub 2009, pp 269-342; G.-P. Calliess, (*op.cit.*), pp 195-209; A. Dickinson. Third-country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu? - Journal of Private International Law 2007/1, pp 53-88.

¹⁷¹ Sarnane säte sisaldub ka Rooma II määruse artiklis 16.

„Kolmas riik“ tähistaks sellise välisriigi õigust, milles ei ole pooled kokku leppinud ning kus ei toimu ka vahekohtumenetlus (käesolevas töös on võetud eelduseks, et vahekohtumenetluse asukohaks on Eesti). Seega peaksid vahekohtunikud kohaldama sellise välisriigi õigust põhivaidluse lahendamisel, millel esmapilgul kokkupuude vaidlusega puudub, ja seda tulenevalt sellest, et vastavad kolmanda riigi sätted on imperatiivse sisuga. TsMS § 742 lg 3 võimaldab küll imperatiivsete sätete kohaldamise võimalust, mille kohaselt vaidlust (õigluse põhimõtte järgi) lahendades ei või kõrvale kalduda selle riigi õiguse imperatiivsetest sätetest, mida kohaldataks vaidluse lahendamisel õigluse põhimõttes kokku leppimata. Autori hinnangul ei käsitle aga vastav paragrahv kolmanda riigi imperatiivseid sätteid, mis omaksid üldist kehtivust. Probleem seisneb antud teema juures selles, et kuna vahekohtumenetlus peaks põhinema vaid ja ainult poolte privaatautonomial, kus vahekohtunikele on poolte sõlmitud lepinguga antud õigus lahendada vaidlus, siis tekib vastuolu vahekohtumenetluse lepingulise olemuse ning kolmandate riikide imperatiivsete normide kohaldamise võimaliku kohustusega. Alljärgnevalt tuleb analüüsimisele seega selliste imperatiivsete sätete sisu ning millistel eeldustel võiksid vahekohtunikud Eestis toimuva menetluse raames imperatiivseid sätteid kohaldada.

Selleks, et teha kindlaks, kas mingisugune norm on kohustusliku iseloomuga või mitte, tuleb vahekohtunikul esmalt lähtuda sellest, kuidas vastavat normi tõlgendatakse selle sama õiguse kontekstis, st mis tähendus on vastavale normile omistatud asjaomases õiguses. Kuna paljud kohustuslikud reeglid ei ole *expressis verbis* imperatiivsed, siis tuleb lähtuda normi iseloomust, mille asjaomane riik on talle andnud.¹⁷² Õiguskirjanduses tihti samastatakse imperatiivsete sätete ning avaliku korra sätete mõisted. Selguse mõttes tuleb märkida, et avaliku korra sätted, mis kannavad endas tihti moraali ning eetika väärtust, ei pruugi olla seaduses üldse kirja pandud kujul.¹⁷³ Samas on imperatiivsed sätted alati konkreetse riigi normid, mis on seaduses kirja pandud kujul. Näiteks Ühendkuningriigi *Arbitration Act*'is on selgelt välja toodud 26 imperatiivset menetluslikku normi, mida peaks kohaldama, kui vahekohtumenetlus peaks toimuma Inglismaal, Walesis või Põhja-Iirimaal. Need menetluslikud normid ei saaks aga kohalduda kui kolmanda riigi imperatiivsed sätted, kuna

¹⁷² TsMS eelnõu seletuskirja kohaselt on imperatiivsete normidega tegu siis, kui seadus väljendab seda sõnaselgelt või imperatiivne iseloom tuleneb sätte mõttest; samale seisukohale on jõudnud ka Austraalia õigusteadlased ning -praktikud Andrew Barraclough ja Jeff Waincymer. Vt täpsemalt artiklit A. Barraclough, J. Waincymer. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. - Melbourne Journal of International Law 2005/6, p 207. Available at: <http://cclsr.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloaddebcc1.pdf> (01.05.2014), (edaspidi „A. Barraclough, J. Waincymer“).

¹⁷³ Vastava eristuse vajalikkusest on kirjutanud ka N. Voser. Mandatory Rules of Law As a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration. - The American Review of International Arbitration 1996/7, p 320. (edaspidi „N. Voser“).

nende kohaldumise imperatiivsus on seotud vahekohtumenetluse toimumiskohaga. Max Planck Instituudi poolt välja antud entsüklopeedias on jaotatud imperatiivsed sätted kolme kategooriasse¹⁷⁴, mis mingil määral hõlbustaks otsustama, kas üks või teine norm võiks olla imperatiivse iseloomuga või mitte: esiteks normid, mis tagavad ühiskonna eesmärged ning väärtusi realiseerimise (näiteks normid, mis piiravad relvade müüki ja narkokaubandust; normid, mis muudavad lepingud tühiseks, kui ilmneb vastuolu inimese põhiõigustega jne), teiseks normid, mis lihtsustavad tsiviilkaivet ning kaubandust seeläbi, et on tagatud usaldusväärsus (nn *numerus clausus* põhimõte) ning kolmandaks normid, mis on mõeldud nõrgema poole kaitseks lepingulistest suhetes ehk siis nn sotsiaalse kaitse normid (näiteks EL-i õiguses sisaldub vastav põhimõte tööõiguses ning tarbijalepingutes). Õiguskirjanduses imperatiivsete sätete võimaliku kohaldamise vajaduse välja selgitamise meetodeid on välja pakutud mitmeid.¹⁷⁵ See, mille põhjal üks või teine õigusteadlane esitab oma kataloogi kriteeriumitest, mille põhjal oleks võimalik välja selgitada, kas asjaomane säte on imperatiivne või mitte, sõltub sellest, milliseks peetakse vahekohtumenetluses võrreldes riikliku kohtumenetlusega. On esitatud argumente, et vahekohtumenetlus on oma olemuselt täielikult lepinguline tulenevalt sellest, kuidas vahekohtunikke valitakse ning miks vahekohtu otsus on pooltele siduv.¹⁷⁶ Teisest küljest, kuna vahekohtumenetlus täidab ka avalikku rolli eraõiguslike vaidluste lahendamise näol (riikliku kohtu alternatiivina), mistõttu ei saaks

¹⁷⁴ J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, (eds.). Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol II. Oxford: Oxford University Press 2012, p 1127.

¹⁷⁵ Kronoloogiliselt esitades ilmus esimene suurem uurimus imperatiivsete sätete kohaldamise kohta vahekohtumenetluses professor Pierre Mayer'i poolt, kus autor leidis, et vahekohtul on õigus kohaldada erinevate riikide imperatiivseid sätteid ning veel enam, vahekohtunikud on kohustatud seda tegema viidates Rooma Konventsiooni artiklist 7(1) tulenevat "lähima seose" printsiibile. Vt Mayer'i töö kohta lähemalt P. Mayer. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. – Arbitration International 1986/4, pp 274-293, 322 (edaspidi „P. Mayer“); Seejärel esitas Marc Blessing oma töö, milles leidis, et vahekohus võiks samuti lähtuda Rooma Konventsioon artiklis 7(1) toodud „lähima seose“ kriteeriumist ning lisaks esitas 6 kriteeriumit, mille põhjal peaksid vahekohtunikud otsustama, kas konkreetne imperatiivne säte kuulub vahekohtumenetluses olevas vaidluses kohaldamisele või mitte. Kokkuvõtvalt olid Blessing'u kriteeriumid järgnevad: poolte vahelise vaidluse ning imperatiivse sätte promulgeerinud riigi vahel peab eksisteerima lähim seos, imperatiivne säte peab olema kohaldamist väärt ning viimaseks, lõpptulemus peab olema kohane. Vt Blessing'u töö kohta lähemalt M. Blessing. Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration. – Journal of International Arbitration 1997/4, pp 23-40 (edaspidi „M. Blessing“); Nii näiteks Barraclough ning Waincymer pakuvad välja kaks võimalikku testi, mille põhjal hinnata, kas kõnealune norm on imperatiivne või ei. Vastavad testid sarnanevad suuresti juba varem mainitud autorite töödega. Esiteks võiks hinnata imperatiivse sätte iseloomu nn spetsiaalse seose testi, kus esiteks tuleb tuvastada imperatiivse sätte ning vaidluse vahel lähedane suhte (ingl k *close connection*), teiseks tuleb tuvastada vaidlusaluse imperatiivse sätte kohustuslik olemus (ingl k *mandatory nature of the law*) ning kolmandaks tuleb leida vastus küsimusele, kas vastav imperatiivne säte on üldse väärt kohaldamist vahekohtumenetluses (ingl k *application-worthiness*). Imperatiivne säte on väärt kohaldamist siis, kui tegemist on kas riikidevahelise avaliku korraga, universaalselt tunnustatud ja õiguslikku kaitset vajava huviga või tegemist on kohustusliku sättega, mille kohaldamist nõudva lepingupoole riigil on avalik huvi, et vastavat sätet kohaldataks vahekohtumenetluses. Teise testina pakuvad Barraclough ning Waincymer välja, et tuleks tuvastada poolte õiguspärane ootus selles osas, milline õigus võiks põhivaidlusele kohalduda ning sellest tulenevalt ka järeldada, kas asjakohane imperatiivne säte oleks kohaldatav põhivaidlusele. Vt täpsemalt A. Barraclough, J. Waincymer, p 227-235, (*op.cit.*).

¹⁷⁶ A. Barraclough, J. Waincymer, p 210, (*op.cit.*).

vahekohus end isoleerida täielikult riikide õiguskorrast ning „peita“ end poolte privaatautonomia põhimõtte taha. Ilmselt kõige mõistlikum on vaadelda vahekohtumenetlust kui kahe eelneva hübriidina, mis kätkeb endas nii lepingulist iseloomu kui ka riikliku kohtupidamise elemente.¹⁷⁷ Sellest tulenevalt erinevad õigusteadlaste kriteeriumite kataloogid, mille põhjal saaks öelda, kas asjaomane säte on imperatiivne või mitte, ning sellest tulenevalt, kas seda sätet peaks kohaldama ka Eestis toimuvast vahekohtumenetluses.

Kuna TsMS kui ka ETK reglement vaikivad selle koha pealt, kuidas peaks toimima vahekohtunik, kui üks pooltest taotleb X riigi kohustuslike sätete kohaldamist olenemata sellest, et pooled on valinud kohalduvaks õiguseks hoopis midagi muud, siis sellisel juhul võiksid vahekohtunikud lähtuda rahvusvahelises vahekohtumenetluses välja töötatud kriteeriumitest, mis sarnanevad suuresti Rooma konventsiooni artiklis 7 ning Rooma määruse artiklis 9 tooduga.¹⁷⁸ Rahvusvahelises vahekohtumenetluses ei ole otstarbekas siduda imperatiivsete sätete võimaliku kohaldamise eelduseks EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktide kohaldamist, kuna see seaks vahekohtumenetluses imperatiivsete sätete võimaliku kohaldamise sõltuvusse põhilepingu sõlmimise kuupäevast ning ühtlasi peaks olema sellisel juhul ka täielikult kindel, et EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktid kohalduksid igal juhul Eestis toimuvast vahekohtumenetluses. EL-i rahvusvahelise eraõiguse kollisiooninormid tulid kohaldamisele vaid teatud juhul TsMS § 742 lg 2 kohaselt, mitte ei kohaldu need *a priori* igas rahvusvahelises vahekohtumenetluses Eestis. Põhivaidlusele imperatiivsete sätete võimalik kohaldamine rahvusvahelises vahekohtumenetluses toimub analoogiliselt suures osas sama loogikaga nagu kohaldatakse imperatiivsed sätteid riiklikus kohtumenetluses. Tähtis on sealjuures olla teadlik vastavatest kriteeriumitest imperatiivsete sätete kohaldamiseks, millest rahvusvahelises vahekohtumenetluses võiks lähtuda.

Imperatiivsete sätete kohaldamise kriteeriumite puhul on arvestatud asjaoluga, et vahekohtumenetlus on siiski hübriidmenetlus, mis põhineb nii poolte privaatautonomia põhimõttel, kuid teisalt on vahekohtumenetlus ka riikliku kohtumenetluse alternatiiv, mis täidab õiguse mõistmisel avalikku rolli. Kolmanda riigi imperatiivsete sätete näitena võib tuua järgmise olukorra, kus pooled on valinud vaidlusele kohalduvaks õiguseks CISG-i ning vahekohtumenetlus toimub Eestis. CISG artikkel 11 kohaselt kehtib lepingutele

¹⁷⁷ Samale seisukohale on jõutud ka rahvusvahelise vahekohtumenetluse õiguskirjanduses. Vt H. Grigera Naón. Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration. Tübingen: Mohr 1992, pp 14-17; A. Barraclough, J. Waincymer, pp 211-212, (*op.cit.*).

¹⁷⁸ Rooma II määruse artikli 16 kohaselt ei kitsenda miski kohtu asukohariigi sätete kohaldamist olukorras, kus need on imperatiivsed, olenemata muidu lepinguvälise võlasuhte suhtes kohaldatavast õigusest. Seega oma Rooma II määruse imperatiivsete sätete kohaldamisala oluliselt kitsam kui Rooma konventsioonis ja Rooma I määruses.

vormivabadus.¹⁷⁹ Lisaks on pooled kokku leppinud, et pooltevahelises suhtes ei kohaldata ühegi lepingupoole riigi deklaratsiooni, millega riik on välistanud teatud artiklite kohaldamise CISG-is. Oletame, et pooled sõlmivad küll lepingu kirjalikult, kuid ei sätesta lepingus, millises vormis peavad olema lepingust taganemise avaldused tehtud. Eestist pärit lepingupool taganeb lepingust suuliselt. Lepingupool riigist X väidab hiljem, et kuna tema riigis on kirjalik vorm imperatiivne säte ning muuhulgas on ka see riik teinud deklaratsiooni CISG artikli 96 kohaselt vormivabaduse mittekehtimise osas (näiteks Venemaa), siis tuleb ka käesoleval juhul lugeda taganemise avaldust mittenõuetekohaselt tehtuks. Riik X ei mängi vastavas kaasuses mitte kuidagi rohkem rolli, kui et füüsilisest isikust üks osapool on vastavast riigist pärit, kuid vaidlus vahekohtumenetluses käib juriidiliste isikute vahel, kus kumbki ettevõtte ei asu riigis X. Sellisel juhul peab vahekohtunik leidma mingisuguse lahenduse, kas ja millistel tingimustel loeb ta X riigi kirjalikku vorminõuet imperatiivseks normiks, mis prevaleeriks poolte kokkuleppe ees mitte kohaldada lepingupoole riigi CISG-i deklaratsioone ning mis oleks kohaldatav ka äsjatoodud näites, või jõudma vastupidisele tulemusele. Järgnevad kriteeriumid on tuletatud rahvusvahelisest vahekohtualasest kirjandusest¹⁸⁰, mille ülesanne on tuvastada kas vaidlusalune imperatiivne säte kuuluks vahekohtumenetluses kohaldamisele või mitte. Tuleb märkida, et imperatiivsete sätete võimaliku kohaldamise kriteeriumid on mitmetel autoritel erinevad, mistõttu käesoleva magistritöö raames on valitud välja sellised kriteeriumid, mis enim aitaksid vahekohtunikel langetada otsus, kas vaidlusalune välisriigi õiguse säte on imperatiivse iseloomuga, mida tuleks kohaldada vahekohtumenetluses.

Esmalt tuleb tähelepanu sellele suunata, et vahekohtunike ülesandeks on eeskätt teha selline otsus, mis oleks teatavas välisriigis ka tunnustatav ja täidetav ning et puuduks vastuolu vastava riigi avaliku korraga.¹⁸¹ Teiseks tuleb tuvastada poolte vahel oleva vaidluse ning vastava imperatiivse sätte vaheline lähedane seos. Vastav kriteerium on tuletatud ilmselt Rooma Konventsiooni artikli 7(1) eeskujul.¹⁸² Kolmandaks tuleks arvestada vastava

¹⁷⁹ CISG-i artikkel 11 kohaselt pole nõutav, et ostu-müügileping sõlmitaks või kinnitataks kirjalikult või et ta vastaks mõnele muule vorminõudele.

¹⁸⁰ A. Barraclough, J. Waincymer, pp 235-242, (*op.cit.*); P. Mayer, (*op.cit.*), M. Blessing, (*op.cit.*).

¹⁸¹ Reeglina ei tohiks väga raske olla ette ennustada riiki, milles soovitakse vahekohtu otsust tunnustada ja täita, mistõttu tuleks vastava riigi asjakohaste riigisiseste imperatiivsete sätete kohaldamist kaaluda. Ilmselt levinum vahekohtu otsuse täitmise koht on see riik, kus asuvad kaotajapoole varad.

¹⁸² Rooma konventsiooni artikkel 7(1) kohaselt ühe riigi õigust kohaldades võib rakendada sellise teise riigi imperatiivsed sätted, millega asjaolud on tugevalt seotud, juhul kui ning sel määral, mil viimati nimetatud riigi õiguse alusel tuleb neid sätteid kohaldada, olenemata sellest, millist õigust kohaldatakse lepingu suhtes. Selle üle otsustamisel, kas neid imperatiivseid sätteid rakendada, võetakse arvesse nende olemust ja otstarvet ning nende kohaldamise või kohaldamata jätmise tagajärgi.

imperatiivse sätte rahvusvahelise ning üldiselt kaitstavuse astet, mis teeb kõnealusest imperatiivsest sättest rahvusvahelise avaliku korra sätte. Mida kaitstum ning tunnustatum mingisugune norm on, seda suurema tõenäosusega saavutab vastav norm rahvusvahelise avaliku korra sätte staatuse. Kolmas kriteerium on tähtis ilmselgelt seetõttu, et iga riik ei hakkaks vahekohtumenetluses enda riigisiseseid huvisid nõ peale suruma väites, et kuna riigisiselt on säte imperatiivse iseloomuga, siis justkui peaks vastavat sätet automaatselt kohaldama vahekohtumenetluses. Seetõttu ongi tähtis, et mitmed riigid tunnustaksid teatud sätte imperatiivsust, et alles siis saaks sättele omistada rahvusvaheliselt imperatiivse iseloomu. Selline lähenemine tagab erinevatest riikidest pärit osapoolte huvide maksimaalse ning ühetaolise kaitstuse rahvusvahelises vahekohtumenetluses. Neljandaks tuleks arvestada vastava imperatiivse sätte tähtsust selle riigi jaoks, mille poolt on see seaduses sätestatud. Antud kriteerium läheb mõnevõrra vastuollu küll eelmise kriteeriumiga, kuid vahekohtunik peaks sellisel juhul kaaluma, kas riigisisene imperatiivne säte võiks potentsiaalselt niivõrd tähtis olla asjaomase riigi jaoks, et selle sätte kohaldamist vahekohtumenetluses võiks justkui võrdsustada rahvusvaheliselt imperatiivse sätte kohaldamisega. Ning viiendaks tuleks hinnata imperatiivse sätte sobivust kaitsmaks vastava sätte kohaldamisala. Siinkohal tuleks analüüsida, kas vastavat riigisisest sätet oli ka tegelikult vajalik kehtestada vastava riigi enda poolt. Viimase kriteeriumi analüüsimise vajalikkus tuleks seada mõnevõrra kahtluse alla, kuna see tähendaks seda, et vahekohtunikud peaksid vaagima konkreetse välisriigi seaduseid ja poliitilisi eesmärke, ning leidma objektiivse vastuse küsimusele, kas ka tegelikult oli vajalik kehtestada kõnealune võimalik imperatiivne säte. Antud ülesanne oleks vahekohtunike jaoks ilmselgelt liiga koormav, mistõttu ei saaks eeldada, et vahekohtunikud hakkaksid hindama, kas vaidlusalune säte on imperatiivse iseloomuga vahekohtumenetluse jaoks või mitte. Vastupidisele järeldusele saaks jõuda loomulikult siis, kui on ilmselge, et mõni riigisisene säte on kehtestatud kõike muud silmas kui head seadusloome tava ning selle sätte tegelikku proportsionaalsust. Seega tuleks arvesse võtta ülalnimetatud kriteeriume, et hinnata, kas konkreetne välisriigi õiguse säte on Eestis toimuva vahekohtumenetluse jaoks imperatiivse olemusega või mitte. Sealjuures tuleb tähele panna, et iga kolmanda riigi riigisisene säte ei saa olla imperatiivne säte vahekohtumenetluses ning seeläbi domineerida poolte kokkulepitud põhivaidlusele kohalduva õiguse üle.

Kuigi vahekohtumenetluse õiguskirjandus pakub välja erinevaid kriteeriume, millest võiks lähtuda hindamaks, kas üks või teine kolmanda riigi õiguse säte on imperatiivse iseloomuga või mitte, ei tohiks imperatiivsete sätete kohaldamise eelduste analüüs muutuda mehhaaniliseks tegevuseks. Tuleb lähtuda iga vaidluse iseloomust ning faktilistest

asjaoludest, mida toob kaasa konkreetse imperatiivse sätte kohaldamine vastavas vaidluses, kas ühe poole jaoks on vaidlusaluse sätte kohaldamine kasulik või mitte. Tuleb hinnata, kas üks pooltest vabaneb kohustusest tänu imperatiivse sätte kohaldamisele või mitte, ning kas selline lahendus vastab õiglasele ja ausale menetlusele, mis peab olema tagatud ka vahekohtumenetluses.¹⁸³ Reegel on see, et kaotajapool ei ole ilmselt kunagi vahekohtu otsusega rahul, mistõttu võib juhtuda, et kui vahekohus ei ole mõne kolmanda riigi imperatiivse sätte kohaldamist põhjalikult kaalunud ning jätnud selle kohaldamata, siis võib see ohustada teatud määral vahekohtu otsuse hilisemat tunnustatavust ning täidetavust.

2.2.4.2. Kolmandate riikide imperatiivsete sätete kohaldamata jätmise võimalikud tagajärjed

Vahekohtu otsuste tunnustamine ja täitmine on sõltuvuses riigisiseste kohtute otsustustest, kus vastavat vahekohtu otsust täita soovitakse. NYC artikli 5(2)(b) kohaselt võib asjaomane välisriigi riiklik kohus keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest, kui vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine oleks vastuolus selle sama riigi avaliku korraga. NYC küll ei räägi vastuolust imperatiivsete sätetega või vastavate sätete kohaldamata jätmise tagajärjedest, kuid NYC artiklit 5(2)(b) saab tõlgendada selliselt, et ka sellisel juhul on võimalik riigisisel kohtul vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keelduda, kui asjaomane vahekohus on jätnud vaidluse lahendamisel kohaldamata kolmanda riigi imperatiivsed sätted, mis vaidluse iseloomu arvestades oleksid pidanud kohalduma. Alljärgnevalt käsitletakse NYC artikli 5(2)(b) võimalikku laiendavat tõlgendamist, mille kohaselt võiks üheks tagajärjeks olla kolmanda riigi imperatiivsete sätetega mitteamestamise korral riikliku kohtu poolt vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keeldumine põhjusel, et vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine oleks vastuolus rahvusvahelise avaliku korraga, mitte ainult riigisisese avaliku korraga.

Käesoleval juhul viitab magistritöö autor Ameerika Ühendriikides tehtud kohtuotsusele, kuid on seisukohal, et Eestis toimivas vahekohtumenetluses võiks ka alljärgnevast lahendusest eeskuju võtta, juhul kui kaasuse asjaolud seda nõuaksid. Ameerika Ühendriikide kohtupraktikas on laiendatud NYC artiklis 5(2)(b) sisalduvat „avaliku korra“ mõistet selliselt, et avaliku korra all saaks mõista ka rahvusvaheliselt avalikku korda ning mitte ainult

¹⁸³ TsMS § 732 lg 1 kohaselt tuleb pooli vahekohtumenetluses kohelda võrdsetena. Lisaks märgib TsMS eelnõu seletuskiri, et vastavat printsiipi tuleb järgida kogu menetluse kestel.

riigisisest avalikku korda.¹⁸⁴ Sellisel juhul peaks avaliku korra mõiste saavutama kõrgema taseme, st olema rahvusvaheliselt avalik kord, millega vastuolu korral saaks riiklik kohus keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest. Otsustamaks, kas vaidlusalune säte oleks vahekohtumenetluses imperatiivne säte, mida vahekohtunikud peaksid sellisel juhul vaidluse lahendamisel kohaldama, pidi vastav säte olema rahvusvahelisel tasandil kaitstud kui üldist rahvusvaheliselt kehtivust omav säte. Sellisel juhul, kui laiendada Ühendriikide kohtupraktika eeskujul NYC artiklis 5(2)(b) sisalduvat mõistet „avalik kord“ rahvusvaheliseks avalikuks korraks, siis saaks nentida, et juhul, kui vahekohus leiab, et vaidlusalune kolmanda riigi õiguse säte saavutab rahvusvaheliselt kaitstava taseme ning oleks käsitletav seeläbi rahvusvahelise avaliku korra sätena, siis selle sätte mittekohaldamine looks olukorra, kus vahekohtu poolt otsustatud lahendus oleks vastuolus rahvusvahelise avaliku korraga. Sellisel juhul saaks riiklik kohus keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest NYC artikli 5(2)(b) alusel, kuna vastava kolmanda riigi imperatiivse sätte mittekohaldamine tooks kaasa olukorra, mis on vastuolus rahvusvahelise avaliku korraga ning mitte isegi konkreetse riigi avaliku korraga, kus vahekohtu otsuse tunnustamist ja täitmist soovitakse.

Selleks, et riiklikul kohtul oleks võimalik keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keeldumisele NYC artiklile 5(2)(b) tuginedes, peab eksisteerima teatud seos avaliku korra ning kolmanda riigi õiguse võimaliku imperatiivse sätte vahel.¹⁸⁵ Reeglina on iga avaliku korra säte imperatiivne, kuid iga imperatiivne säte ei pruugi saavutada avaliku korra sätte taset, mistõttu on imperatiivne säte alati kirja pandud kujul, kuid avaliku korra säte ei pruugi seda alati olla.¹⁸⁶ Võib juhtuda, et avalikku korda kaitsev normi sisu sisaldub kirja pandud imperatiivses sättes õigusnormina ning sellisel juhul tekib kahe kontseptsiooni kattuvusala, mis tähistabki avaliku korra sätte ning imperatiivse sätte seost. Vastaval juhul on riiklikul kohtul võimalik keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest NYC artikli 5(2)(b) alusel, kuna vahekohtu otsuse tunnustamine ja täitmine oleks sellisel juhul vastuolus selle kolmanda riigi avaliku korraga (imperatiivse sättega), kus tunnustamist ja täitmist soovitakse. Seega, et tugineda NYC artiklile 5(2)(b) tunnustamisest ja täitmisest keeldumise korral, peab tuvastama vaidlusaluse imperatiivse sätte kattuvusala avaliku korraga, kus normi sisu on samaväärne rahvusvaheliselt kaitstava avaliku korra mõiste sisuga.

¹⁸⁴ *Parsons Whittemore Overseas Co. Inc. v Société Générale De L'industrie Du Papier (RAKTA)*, 23.12.1974, Court of Appeals, 508 F.2d 969.

¹⁸⁵ N. Voser, p 322, (*op.cit.*).

¹⁸⁶ A. Sheppard. Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. – *Arbitration International* 2003/2, p 231.

Seega kui vahekohus jätab vahekohtumenetluses asjakohase imperatiivse sätte kohaldamata, siis võib tulemus olla see, et selles välisriigis, kus soovitakse vahekohtu otsuse tunnustamist ja täitmist, võib riiklik kohus keelduda selle tunnustamisest ja täitmisest põhjusel, et see oleks vastuolus sellesama riigi avaliku korraga NYC artikli 5(2)(b) mõttes. Ilmselt ei oleks praktikas mõeldav selline olukord, kus oleks vaid üks eespool mainitud kriteeriumitest – et vastav võimalik imperatiivne sätte peaks saavutama rahvusvahelise avaliku korra sätte taseme – oleks täidetud tuvastamaks, kas tegemist oleks kolmanda riigi sellise imperatiivse sättega, mida peaks vahekohtumenetluses kindlasti kohaldama. Kui vahekohus jõuab järeldusele, et tegemist on juba rahvusvaheliselt avaliku korra sättega, siis peab vahekohus seda vahekohtumenetluses ka tingimusteta kohaldama, kuna on suur oht, et riiklik kohus võib keelduda vastava vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest.¹⁸⁷ Vastupidiselt on jõutud ka arvamusele, et kui jällegi kolmanda riigi mõne (imperatiivse) sätte kohaldamine oleks omakorda vastuolus rahvusvahelise avaliku korraga, siis on ka sellisel juhul oht, et vahekohtu otsust ei tunnustata ega täideta riiklikus kohtus.¹⁸⁸ Seega on kolmanda riigi imperatiivsete sätete võimalikust kohaldamisest tulenevalt tagajärjed vägagi ettearvamatud ning paradoksaalsed. Selleks, et vältida riikliku kohtu võimalikku keeldumist tunnustada ja täita vahekohtu otsust põhjusel, et vahekohtumenetluses kolmanda riigi imperatiivsete sätete kohaldamine või vastupidiselt mittekohaldamine oleks vastuolus rahvusvahelise avaliku korraga, tuleks vahekohtunikel lähtuda käesoleva magistritöö alapeatükis 2.2.2.1. toodud testist hindamaks, kas vaidlusalune kolmanda riigi sätte kuuluks vahekohtumenetluses kohaldamisele või mitte. Nn testi üheks osaks oli ka nõue tuvastada, kas tegemist on rahvusvaheliselt üldist kehtivust omava sättega. Juhul kui vahekohus teostab üksikasjalik kontrolli veendumaks, kas kolmanda riigi norm võiks olla imperatiivse iseloomuga ning seeläbi olla kohaldatava vahekohtumenetluses, siis ei saaks esineda tagajärgi, mille kohaselt riiklik kohus keeldub vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest, kuna sellisele järeldusele jõudmiseks peab riiklik kohus teostama praktikas samasuguse kontrolli vaidlusaluse kolmanda riigi sätte kohaldamise või kohaldamata jätmise osas.

Seega, et tagada vahekohtu otsuse täidetavust, peab vahekohus tähelepanu pöörama ka kolmandate riikide võimalikele imperatiivsetele sätetele, mille kohaldamine võib olla asjakohane konkreetses vahekohtumenetluses. Selleks, et vahekohus saaks kindlaks teha, kas

¹⁸⁷ Sarnasele seisukohale on jõudnud ka Kanada õigusteadlane Okezie Chukwumerije, mille kohaselt on vahekohtunikel kohustus sellise riigi õiguskorra imperatiivseid sätteid kohaldada, mille rahvuslikud huvid on oluliselt seotud vahekohtumenetluses oleva konkreetse vaidlusega. Vt lähemalt O. Chukwumerije. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. - African Journal of International and Comparative Law 1993/3, p 567.

¹⁸⁸ P. Mayer, p 291, (*op.cit.*).

kolmanda riigi vaidlusalune säte kuuluks vahekohtumenetluses kohaldamisele või mitte, tuleks hinnata, et vastav vahekohtu otsus ei oleks vastuolus selle riigi avaliku korraga, kus soovitakse otsust tunnustada ja täita, lisaks tuleks tuvastada pooltevahelise vaidluse ja võimaliku imperatiivse sätte vaheline lähedane seos. Imperatiivse sätte võimaliku kohaldamise kontroll jätkub analüüsiga hindamaks, kas vaidlusalusel kolmanda riigi sättel on rahvusvahelise avaliku korra sättega sarnane sisu ja kaitseala, ning vastava imperatiivse sätte tähtsus kolmanda riigi jaoks peaks olema objektiivselt tuvastatav ning ilmselge. Viimasena tuleks teatava reservatsiooniga hinnata, kas vaidlusaluse imperatiivse sätte kehtestamine kolmanda riigi poolt on proportsionaalne reguleerimist vajava olukorra suhtes. Juhul kui vahekohus ei teosta vastavat kontrolli hindamaks, kas vahekohtumenetluses tuleks kohaldada kolmanda riigi imperatiivset sätet, võib tagajärjeks olla see, et riiklik kohus hiljem keeldub vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest NYC artikli 5(2)(b) alusel, kuna vastava kolmanda riigi imperatiivse sätte mittekohaldamine on loonud olukorra, mis on vastuolus selle sama kolmanda riigi avaliku korraga, mis ühtlasi saavutab ka vastuolu rahvusvahelise avaliku korraga.

KOKKUVÕTE

Käesoleva töö peamiseks eesmärgiks oli välja selgitada, millised on võimalused välisriigi õiguse kohaldamiseks Eestis toimivas vahekohtumenetluses tulenevalt TsMS §-st 742. TsMS §-st 742 tulenev kohalduva õiguse regulatsioon on mõnevõrra puudulik, kuna see ei reguleeri esiteks kohalduva õiguse määramist vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, teiseks ei tulene sellest võimalikke variante, milles võivad pooled kokku leppida kohalduva õiguse kokkulepet sõlmides ning kolmandaks jätab TsMS § 742 lg 2 lahtiseks, millisest „seadusest“ tulenevalt tuleb vahekohtul kohalduv õigus määrata, juhul kui pooled ei ole kohalduvas õiguses ise kokku leppinud. Magistritöö hüpoteesideks oli esiteks, et lisaks TsMS §-is 742 sätestatule eksisteerib veel võimalusi, kuidas Eestis toimivas vahekohtumenetluses võib välisriigi õigus kohaldamisele tulla ning teiseks, et TsMS § 742 lg 2 on oma sõnastuses ebakorrektne, mis võib tekitada mitmetimõistetavaid olukordi Eestis toimivas vahekohtumenetluses kohalduva õiguse määramisel, mistõttu oleks vaja TsMS § 742 lg 2 sõnastust muuta. Kuna ETK reglemendi § 18 on peaaegu identne TsMS §-is 742 sätestatuga, tuleks muuta ka reglemendi vastava sätte teise lõike sõnastust.

Töö sissejuhatuses püstitatud põhiprobleemi lahendamiseks analüüsiti TsMS-i enda sätteid ning rahvusvahelist vahekohtualast õiguskirjandust. Lisaks analüüsiti, kas TsMS § 742 lg-st 2 tulenevalt „seadusest“ oleks põhivaidlusele kohalduva õiguse määramine võimalik analoogia korras EL-i ning Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest lähtuvalt ning ühtlasi, kas vastav võimalus saaks olla ka kohustuseks vahekohtunike jaoks. Käesoleva magistritöö tulemusena võib teha järgmised põhijäreldused erinevate võimaluste osas määrata välisriigi õigus kohalduvaks õiguseks Eestis toimivas vahekohtumenetluses.

Esiteks saab järeldada, et tulenevalt vahekohtumenetluses kehtivast eraldatavuse põhimõttest ning TsMS § 712 lg-st 1, § 717 lg-st 1, § 730 1 teisest lausest ja § 751 lg 1 p-st 2 saab tuletada poolte õigust valida kohalduv õigus vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks. Kuna TsMS ei reguleeri vahekohtu kokkuleppele kohalduvat õigust eraldi, siis on võimalik järeldada, et põhivaidlusele kohalduva õiguse säte TsMS § 742 lg 1 oleks kohaldatav ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Reeglina saavad pooled põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppida kas välisriigi terviklikus õiguskorras, välisriigi üksikutes õigusaktides või hoopis rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktides. Sama võiks kehtida ka vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel kohalduva õiguse määramisel, kuna magistritöös sai leitud, et TsMS § 742 lg 1 oleks kohaldatav ka vahekohtu kokkulepetele.

Teiseks järeldus magistritööst, et juhul kui pooled ei ole kohalduvas õiguses kokku leppinud vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, on võimalik määrata kohalduv õigus vahekohtu asukohariigi protseduuriõiguse järgi. Kuna reeglina kohaldub menetlusele vahekohtumenetluse asukohariigi menetlusõigus (*lex arbitri*), siis üheks viisiks kohalduva õiguse määramisel vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel oleks valida sama välisriigi õiguse kasuks, mille *lex arbitri* kohaldub vahekohtumenetluses. Seega ei ole välistatud, et vahekohtumenetluse istungid toimuvad Eestis, kuid vahekohtumenetluse asukohariigiks (nn *seat of arbitration*) on valitud mõni välisriik, mille *lex arbitri* järgi kohalduks sama välisriigi õigus vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel. Juhul kui pooled on valinud vahekohtumenetluse asukohariigiks Eesti, kuid mõned istungid toimuvad välisriigis (millist võimalust jaatab ka TsMS § 733 lg 2) näiteks tunnistajate ärakuulamiseks, siis leiti magistritöös, et sellisel juhul ei pea Eestis asuv vahekohus sellesama välisriigi õigust otseselt kohaldama vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks, kuna vaid mõne istungi tõttu välisriigis ei muutu vahekohtumenetluse *lex arbitri*. Välisriigis istungeid pidav Eestis toimuv vahekohus peab küll arvestama sellesama välisriigi teatud protseduurireeglitega, mis reguleerivad näiteks tunnistajate ärakuulamist, kuid otseselt ei pea vahekohus kohaldama selle välisriigi õigust vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks. Seega omab mõju vahekohtumenetluse asukohariik ning selle protseduuriõigus kohalduva õiguse määramisel vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel.

Kolmandaks on võimalik magistritööst järeldada, et üheks võimalikuks viisiks vahekohtumenetluses vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kohalduva õiguse määramine oleks *lex causae* järgi, mis tähistab siis põhivaidlusele kohalduvat materiaalsoigust. Kui pooled on põhilepingule kohalduva õiguse valinud, siis on see tugev indikatsioon sellest, et vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamisel võiks samast õigusest lähtuda, kuna pooled ei pruugi olla teadlikud nn eraldatavuse põhimõttest, mille kohaselt vahekohtu kokkuleppele võib kehtida üldse mõni muu õigus. Samas ei tohi vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kohalduva õiguse määramist *lex causae* järgi võtta iseenesestmõistetavana, kuna vahekohtu kokkuleppe on siiski eraldiseisev põhilepingust ning vahekohtu kokkuleppe kehtivus ei pruugi olla kehtiv *lex causae* riigi õiguse kohaselt.

Neljanda järeldusena selgus magistritööst, et kuigi pooled saavad põhivaidlusele (sarnaselt vahekohtu kokkuleppele) kohalduvas õiguses kokku leppida TsMS § 742 lg 1 kohaselt kas välisriigi terviklikus õiguskorras, välisriigi üksikutes õigusaktides või hoopis rahvusvahelisel tasandil välja töötatud õigusaktides ehk nn riikidevahelises õiguses, siis üks võimalikest põhivaidlusele kohalduva õiguse variantidest ei saaks olla *lex mercatoria* TsMS § 742 lg 1

mõttes. Mõne välisriigi terviklik õiguskord kui valitav õigus peab konkreetse riigi territooriumiga olema piiritletud ning valitav õigus ei tohiks koosneda mitmest erinevast õiguskorrast nagu on näiteks Ameerika Ühendriikides või Ühendkuningriigis. Samuti on võimalik pooltel põhivaidlusele kohalduvas õiguses kokku leppida välisriigi üksikutes õigusaktides ja ning kombineerida neid põhilepingule koos kohalduma. Erinevalt riiklikes kohtutes rahvusvahelise vaidluste korral, võivad pooled rahvusvahelises vahekohtumenetluses põhivaidlusele kohalduva õigusena kombineerida välisriigi üksikuid õigusakte rahvusvaheliste konventsioonidega. Tähtis on aga, et kohalduva õiguse valikud on piisavalt täpselt konkretiseeritud ning käsitlevad võimalikke tekkivaid probleeme ammendavalt. Sellega tagavad pooled, et selles osas, mida valitud õigusaktid ei reguleeri, ei pea hakkama määrama põhivaidlusele kohalduvat õigust muudest viisidest lähtuvalt. Ühtlasi võivad pooled valida põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks ka näiteks rahvusvahelise konventsiooni *UNIDROIT Principles* või näiteks ka mudelseaduse projekti nagu *DCFR*, sellisel juhul oleks vastav kokkulepe kooskõlas TsMS § 742 lg-ga 1. Magistritööst selgus, et probleemne võiks olla rahvusvahelise kaubandusõiguse üldiste põhimõtete ehk *lex mercatoria* võimalik kohaldamine Eestis toimivas vahekohtumenetluses. Kuna *lex mercatoria* ei ole piisavalt konkretiseeritud, sellel puudub sellel „õigusakti“ staatus ning ühtlasi ka Ühendkuningriigi praktika ei ole jaatanud *lex mercatoria* võimalikku kohaldamist vahekohtumenetluses, siis võiks sama järeldada ka Eesti ning TsMS § 742 lg 1 kohta, mis reguleerib poolte kokkuleppest tulenevat kohalduvat õigust. *Lex mercatoria* kohaldamine tooks ilmselt kaasa palju ebamäärasust ning ühtlasi viide *lex mercatoria*’le kui põhivaidlusele kohalduvale õigusele tooks automaatselt kaasa selliste nn õigusaktide kohaldamise nagu *UNIDRIOT Principles* ning ka *PECL*, kuna vastavates aktid kohalduvad ka siis, kui kohalduva õiguse osas on viide *lex mercatoria*’le. Seega, kui pooled soovivad rahvusvahelisel vahekohtumenetluses vaidlust efektiivselt ning konkreetsele õigusnormide kogumikele tuginedes lahendada, tuleks vältida põhivaidlusele kohalduvaks õiguseks *lex mercatoria* valimist.

Viiendaks järeldus magistritööst, et kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduv õigus tulenevalt „seadusest“ TsMS § 742 lg 2 kohaselt tuleks määrata Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest lähtuvalt. Juhul kui tegemist on rahvusvahelise vaidlusega, st eksisteerib olukord, kus potentsiaalseteks kohalduvateks õigusteks võib olla mitme välisriigi õigused, siis tuleb Eestis toimivas vahekohtumenetluses lähtuda Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest, st kas EL-i õigusaktide kollisiooninormidest, REÕS-ist või Eestiga sõlmitud õigusabilepingutest. Kuna TsMS ei anna vahekohtule võimalust ise kindlaks määrata

kollisioonireegleid, siis tuleb vahekohtul lähtuda sarnaselt riikliku kohtuga rahvusvahelise vaidluse korral Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest. EL-i liikmesriikides kohaldatavad rahvusvahelise eraõiguse õigusaktid lepinguliste ning lepinguväliste õigussuhetele Rooma konventsioon ning Rooma I ja II määrused ei välista selgesõnaliselt võimalikku kohaldumist vahekohtumenetluses põhivaidlusele. Samuti ei välista ka REÕS ega Eestiga sõlmitud õigusabilepingud kohaldumist vahekohtumenetluses. Seega tulenevalt TsMS § 742 lg-st 2, EL-i rahvusvahelise eraõiguse õigusaktide, REÕS-i ning Eestiga sõlmitud õigusabilepingute sõnastusest ning eesmärgist tuleks Eestis toimivas vahekohtumenetluses rahvusvahelise vaidluse korral kohaldada Eesti rahvusvahelise eraõiguse norme sarnaselt riiklikus kohtus nende kohaldamisega. EL-i õigusaktide kollisiooninormide võimaliku kohaldamise argumenti toetab ka EL-i õiguse ülimuslikku ning otsekohaldatavuse põhimõtted, mis tulenevad ELTL artiklist 288. Samas aga Euroopa Kohtu lahenditest *Eco Swiss, Van Schijndel, Nordee* ning *Ingmar* tulenevalt ei saa pidada EL-i õigusaktide kollisiooninorme sedavõrd imperatiivseteks, et vahekohtunikel oleks kohustus põhivaidlusele kohalduv õigus tuletada just EL-i õigusaktide kollisiooninormidest. Praeguse TsMS § 742 lg 2 sõnastuse kohaselt „*Kui pooled ei ole kohaldatavat õigust kokku leppinud ja kohaldatav õigus ei tulene ka seadusest [...]*“ ei saaks samuti pidada Eestis toimivas vahekohtus vahekohtunike jaoks kohustuslikuks määrata kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohalduv õigus EL-i õigusaktide kollisiooninormidest, ega ka REÕS-ist või Eestiga sõlmitud õigusabilepingutest lähtuvalt. Kui aga muuta TsMS § 742 lg-s 2 sisalduv fraas „ei tulene ka seadusest“ selliselt, et „ei tulene Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest“, siis oleks Eestis toimiva vahekohtu jaoks seadusest tulenev kohustus kohaldada kokkuleppe puudumisel Eesti rahvusvahelise eraõiguse norme, millest saaks tuletada siis põhivaidlusele kohalduv õigus. Loomulikult ei välista vastav muudatus seda, et tulevikus võiks anda TsMS-is vahekohtunikele endale õiguse määrata kindlaks sellised kollisiooninormid, mida vahekohtunikud ise heaks arvavad ning nendest tulenevalt määrata põhivaidlusele kohalduv õigus UNCITRAL-i mudelseaduse artikli 28(2) eeskujul, kuid see on teema, mis vajaks edasist analüüsi teistsuguse teemapüstitusega töös. Käesolevas magistritöös aga on esitatud ettepanek, et TsMS § 742 lg-s 2 sisalduvat „tulenevalt seadusest“ all tuleks mõista eeskätt Eesti rahvusvahelise eraõiguse norme ning on järeldatud, et vastavate normide kohaldamine oleks kindlam ja ühetaolisem Eestis toimivas vahekohtumenetluses rahvusvahelise vaidluse korral, kui TsMS § 742 lg 2 oleks sätestatud selliselt: „*Kui pooled ei ole kohaldatavat õigust kokku leppinud ja kohaldatav õigus ei tulene ka Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest, kohaldab vahekohus Eesti õigust.*“ EGTK Arbitraazikohtu reglemendi § 18 lg 2 sisaldab sarnast ebamäära sõnastust, mille kohaselt tuleks kokkuleppe puudumisel põhivaidlusele kohaldatav õigus määrata tulenevalt „seadusest või rahvusvahelise õiguse

normidest“, mis sisuliselt viitavad tegelikult ühele ja samale asjale. Seega tuleks ka ETKK reglemendi § 18 lg-d 2 täiendada selliselt, et „seadusest või rahvusvahelise õiguse normidest“ asemel võiks olla „rahvusvahelise eraõiguse normidest“. Käesoleval juhul ei oleks otstarbekas siduda ka ETKK reglemendi alusel peetav menetlus just Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidega, kuna see ei pruugiks sobitada sellisesse vahekohtumenetlusse, kus vahekohtumenetluse asukohariigiks (*seat of arbitration*) on valitud hoopis mõni välisriik, aga vaidlust lahendab ikkagi ETKK Arbitraažikohus.

Kuuendaks saab järeldada, et juhul, kui Eestis toimuv vahekohus jätab mõne kolmanda riigi riigisisese imperatiivse sätte kohaldamata, ja seesama norm on käsitletav rahvusvahelise avaliku korra sätena, siis võib riiklik kohus, kus vahekohtu otsust soovitakse hiljem tunnustada ja täita, keelduda vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest NYC artikli 5(2)(b) alusel. Selleks, et vahekohtu otsust riiklikus kohtus siiski tunnustataks ja täidetaks, peab eelkõige vahekohus hindama erinevaid kriteeriume, mille põhjal otsustada, kas vaidlusalust kolmanda riigi imperatiivset sätet peaks vahekohtumenetluse kohaldama või mitte olenemata põhivaidlusele kohalduvast õigusest. Õiguskirjanduses avaldatud analüüsides leiti magistritöös, et vahekohus peaks lähtuma võimaliku imperatiivse sätte kohaldamise küsimuse korral järgnevatest kriteeriumitest. Tuleks leida, kas võimaliku imperatiivse sätte mittekohaldamine looks olukorra, mis oleks vastuolus selle riigi avaliku korraga, kus otsust soovitakse tunnustada ja täita, lisaks peab eksisteerima vaidluse ning väidetava imperatiivse sätte vahel lähedane seos, vastav säte peab olema ka rahvusvaheliselt üldist kaitstavust omav säte ning selle sätte kohaldamise tähtsus asjaomase riigi jaoks peab olema ka objektiivselt tuvastatav. Viimasena tuleks teatava reservatsiooniga hinnata, kas vaidlusaluse imperatiivse sätte kehtestamine kolmanda riigi poolt riigisiseses seadusandluses on proportsionaalne lahendus reguleerimist vajava olukorra suhtes. Seega nendest kriteeriumitest koosmõjus saab vahekohus vastata küsimusele, kas kolmanda riigi riigisisene säte on imperatiivne säte, mida peaks kohaldama Eestis toimivas vahekohtumenetluses olenemata tegelikult põhivaidlusele kohalduvast õigusest. Juhul, kui vahekohus ei kaalu vaidlusaluse imperatiivse sätte võimalikku kohaldamist hoolikalt läbi, võib riiklik kohus vahekohtu otsuse tunnustamisest ja täitmisest keelduda NYC artikli 5(2)(b) alusel.

Kokkuvõtvalt saab järeldada, et magistritöö hüpoteesis esitatud väited leidsid kinnitust, mille kohaselt esiteks lisaks TsMS §-is 742 sätestatule eksisteerib veel võimalusi Eestis toimivas vahekohtumenetluses välisriigi õiguse kohaldamiseks, nagu näiteks võimalus tuletada kohalduv õiguse vahekohtu kokkuleppe kehtivuse hindamiseks kas selle õiguse järgi, kus asub vahekohtumenetluse asukoht või hoopis selle õiguse järgi, milline õigus kohaldub

põhivaidlusele. Ning teiseks oleks vajalik muuta TsMS § 742 lg 2 sõnastusest selliselt, et poolte kokkuleppe puudumisel tuleks põhivaidlusele kohalduv õigus määrata tulenevalt „Eesti rahvusvahelise eraõiguse normidest“ ning ETKK reglemendi § 18 lg 2 sõnastust tuleks muuta selliselt, et poolte kokkuleppe puudumisel tuleks põhivaidlusele kohalduv õigus määrata „rahvusvahelise eraõiguse normidest“ lähtuvalt.

____.____.____

Sandra-Kristin Noot

Possibilities of Foreign Law Application in Estonian Arbitration Proceedings (Summary)

Due to the fact that international arbitration proceedings are also held in Estonia, both foreign and domestic law are applied by the Arbitration Courts in Estonia. The final award of the arbitration proceedings may differ from the law applicable to the arbitration. Thus the question of applicable law might arise. Arbitration proceedings are regulated in part 14 of the Estonian Code of Civil Procedure (CCP). The law applicable to the substance of a dispute is stipulated in § 742 of CCP. The applicable law regulation in § 742 of CCP is inadequate to some extent since the provision does not provide comprehensive solutions concerning the law applicable in Estonian arbitration proceedings. The drawbacks of the applicable law regulation in CCP are as follows.

Firstly, according to CCP there is no provision according to which it is possible to determine the applicable law to evaluate the validity of the arbitration agreement. Due to the principle of severability, the invalidity of the main contract between the parties does not affect the validity of the arbitration agreement. It therefore follows that different law might apply to the main contract and the arbitration agreement. Secondly, the possibilities for choosing applicable law to govern the arbitration agreement as well as the merits of the dispute, remain incomprehensible. And thirdly, pursuant to § 742(2) of CCP an arbitral tribunal shall apply Estonian law if the parties have not agreed on applicable law and applicable law does not “arise from an Act”. The CCP does not specify from which “Act” the applicable law must derive from. The explanatory memorandum for the draft of CCP does not provide further legal clarity, thus it is impossible to understand what kind of an “Act” does § 742(2) refer to. If the legislation concerning the governing law in arbitration proceedings is insufficient, the rights of the participants in the proceedings are not protected and there is no ground for considerable case law to emerge.

Drawing from the aforementioned, the purpose of this master’s thesis is to ascertain the possibilities to apply foreign law in Estonian arbitration proceedings pursuant to § 742 of CCP. Consequently the master’s thesis contains two chapters. The first chapter examines the possibilities of applying foreign law to an arbitration agreement in order to evaluate its validity. For this purpose it is analysed whether § 742 of CCP is also applicable to the arbitration agreement according to § 742 of CCP it is possible to ascertain the governing law. In case § 742 of CCP is applicable, it is examined what are the possibilities on which the parties can agree on. It is also analysed whether the applicable law to arbitration agreement

may result from the procedural law of the country of the seat of arbitration or from that law which is agreed on to govern the merits of the dispute, if the parties have not agreed on the law applicable to the arbitration agreement.

The second chapter focuses on the possibilities of applying foreign law on the main contract between the parties in the dispute. The second chapter follows the structure of § 742 of CCP according to which the law governing the merits of the dispute may derive from the agreement of the parties (§ 742(1) of CCP) or from the “Act” (§ 742(2) of CCP). In the second chapter the possible options for the parties to agree on the applicable law of the main contract are analysed. In addition, it is analysed whether § 742(2) of CCP can be interpreted in such a manner that “according to Act” it is possible to apply Estonian private international law provisions in order to ascertain the law applicable to the main contract. The Estonian private international law provisions are European Union (EU) private international law provisions, Estonian Private International Law Act (PILA) and bilateral treaties concluded between the Republic of Estonia on one side and the Russian Federation or Ukraine on the other. Since the national courts must determine the applicable law pursuant to Estonian private international law provisions in case of an international dispute, it is analysed whether the same could apply to arbitration proceedings in Estonia. In the second chapter it is also examined whether the arbitral tribunal in Estonia must apply third country mandatory provisions and what are the consequences of not applying them.

In order to solve the problems arising from § 742 of CCP the author of this master’s thesis has analysed the provisions of the CCP and also legal literature of international arbitration. Additionally, it is analysed whether by analogy the EU and Estonian private international law provisions may apply to arbitration proceeding in Estonia and constitute an “Act” in the meaning of § 742(2) of CCP. Furthermore, it is examined whether the application of EU and Estonian private international law provisions can be obligatory to arbitral tribunals in Estonia. As a result of this master’s thesis it can be said that the conclusions are as follows.

Firstly, it can be said that the CCP is applicable to an arbitration agreement in order to determine the applicable law for evaluating the validity of the arbitration agreement. The second sentence of § 730(1) of CCP stipulates that the arbitral tribunal shall view the arbitral agreement as an independent agreement not connected to the terms and conditions of any contract. Pursuant to § 751(1)(2) of CCP the court shall annul a decision of an arbitral tribunal made in Estonia if the party proves that the arbitral agreement is null and void pursuant to the law of Estonia or another state, based on which law the parties agreed upon to evaluate the

validity of the arbitral agreement. As § 712(1) states that the provisions of the CCP apply to arbitration proceedings conducted in Estonia unless otherwise provided by law or an international agreement, it can be concluded that the CCP is also applicable to arbitration agreements in order to determine the law applicable to arbitration agreement. Thus, according to § 742(1) the parties may agree on applying a legal system, single acts or transnational rules of law in order to determine the applicable law for evaluating the validity of arbitration agreement.

Secondly, if the parties have not agreed on the applicable law to arbitration agreement in order to evaluate the validity of it, it is possible to derive the applicable law by analogue to the law of a foreign country which the parties have agreed as the seat of arbitration. Usually if the parties have determined the seat of arbitration, the procedural law (*lex arbitri*) of that country is applicable to the dispute. Thus, one possibility to ascertain applicable law to an arbitration agreement in order to evaluate the validity of it is to apply the same law which is the *lex arbitri*.

Thirdly, another possibility to determine the applicable law to an arbitration agreement in order to evaluate the validity of it is to apply the same law which applies to the main contract agreed by the parties. Since the parties may not be aware of the fact that pursuant to the principle of severability, different laws may apply to the arbitration agreement and to the substance of the dispute. Thus, it can be assumed that if the parties have agreed on the applicable law to the merits of the case, then the same law applies to the arbitration agreement as well. It can therefore be a reference to the expectations of the parties regarding the law applicable to the arbitration agreement.

Fourthly, it can be concluded that pursuant to § 742(1) of CCP the parties may choose a legal system, single legal acts or transnational rules of law as applicable law to the substance of a dispute. The problem occurs when the parties wish to apply *lex mercatoria* as the law governing the main contract. *Lex mercatoria* is not a part of a national legal system and it does not obtain the status of a legal act. *Lex mercatoria* comprises international commercial principles which have no certain written legal form. As the case law of United Kingdom has stated that *lex mercatoria* cannot be applied in arbitration then it can be said that the same conclusion applies to arbitration proceedings in Estonia as well.

Fifthly, it can be concluded that if the parties have not agreed on law governing the substance of the dispute then the applicable law is ascertained pursuant to Estonian private international law provisions which are EU conflict of laws provisions, PILA or the provisions of the

bilateral treaties concluded by the Republic of Estonia on one side. Since the CCP does not provide an opportunity for the arbitrators to designate the conflict of laws on their own, it can be said that the applicable law to the substance of the dispute may derive from the Estonian private international law provisions. In EU member states the Rome Convention, Rome I and II regulations are applied in case there is an international dispute and the nature of the dispute is contractual or non-contractual. The wordings of Rome I and II regulations and Rome Convention do not exclude their applicability to international arbitration proceedings. The same applies for PILA and the bilateral treaties. Pursuant to the decisions of the European Court in cases *Eco Swiss*, *Van Schijndel*, *Nordee* and *Ingmar*, the application of the EU private international law provisions cannot be obligatory since these provisions do not have a mandatory nature. According to the current wording of § 742(2) of CCP it also cannot be obligatory to apply EU private international law provisions, provisions of PILA nor provisions of bilateral treaties in international arbitration proceedings held in Estonia. However, if the wording of § 742(2) of CCP would be different, the obligation to apply Estonian private international law provisions in international arbitration proceedings held in Estonia would have a legally binding effect. Thus, the current wording in § 742(2) of CCP according to which the governing law to the main contract does not arise “from an Act” should be amended as follows. Pursuant to § 742(2) of CCP an arbitral tribunal shall apply Estonian law if the parties have not agreed on applicable law and applicable law does not “arise from Estonian private international law provisions”. Since the rules of the Arbitration Court of the Estonian Chamber of Commerce and Industry (ECCI) include identical applicable law provision with an exception that if the parties have not agreed on the governing law on the main contract then the applicable law should derive from “law or international law norms”, it would be advisable to amend § 18(2) of the rules of the Court of Arbitration of the ECCI as follows: if the parties have not agreed on the applicable law and it is not possible to determine the applicable law pursuant to private international law provisions, the Arbitration Court shall apply Estonian law. It is not advisable to associate the corresponding provision of the of the Court of Arbitration of the ECCI with Estonian private international law provisions, since it would not be reasonable as the international proceedings may take place in foreign countries where the parties are not interested in applying Estonian conflict of laws provisions.

Sixthly, it can be said that if the arbitral tribunal in Estonia does not apply a mandatory provision of a third country, the recognition and enforcement of the final award may be refused pursuant to New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (NYC) article 5(2)(b). Article 5(2)(b) of NYC stipulates that the recognition

and enforcement of an award may be refused if the recognition and enforcement of the award would be contrary to public policy of that country. “Third country” in this case denotes the law of a country that has no obvious connection with the dispute. Thus, in order to prevent the final award from being refused recognition and enforcement, the arbitral tribunal must consider the following criteria in order to determine whether the third country mandatory provision must be applied or not. The tribunal must acknowledge that it must render an enforceable award; the dispute at hand and the mandatory provision must have a connection; the disputable third country provision must be universally protected provision; the application of the mandatory provision must be important to the enacting state and finally, the arbitral tribunal must consider whether this provision is essential in order to regulate the subject matter. Thus, the arbitral tribunal must decide whether the third country mandatory provision should be applied in the arbitral proceedings in Estonia or not.

Considering the aforementioned it can be said that this thesis clearly showed that there are other possibilities of applying foreign law in international arbitration in Estonia, which derive from outside the scope of § 742 of CCP. It would be to amend the wording of § 742(2) of CCP according to which in the absence of the agreement of the parties the arbitral tribunal must ascertain the law governing the substance of the dispute pursuant to Estonian private international law provisions. Since the rules of the Court of Arbitration of the ECCI contain an identical provision to § 742 of CCP, the same amendments could apply to § 18(2) of the rules of the Court of Arbitration of the ECCI but without the specific reference to Estonian private international law provisions.

_____._____.

Sandra-Kristin Noot

KASUTATUD LÜHENDID

A.C.	Law reports, Appeal Cases
All E.R.	All England Law Reports
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bus. L.R.	The Business Law Reports
C.L.C.	Civil Law Cases
C.P. Rep.	Civil Procedure Law Reports
CCI	Chambre de commerce internationale
CCP	Code of Civil Procedure
CENTAL	Center for Transnational Law
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DAC	Departmental Advisory Committee
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ECCI	Estonian Chamber of Commerce and Industry
ECJ	European Court of Justice
ed.	editor
eds.	editors
EKTK	Eesti Kaubandus-Tööstuskoda
ELT	Euroopa Liidu Teataja
F.2d	Federal Reporter, 2nd Series
I.L.Pr.	International Litigation Procedure
KOLA	Kohtustatistika ning kohtulahendite andmekogus
LCIA	London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep	Lloyds Law Reports
NYC	New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
PECL	Principles of European Contract Law
PILA	Private International Law Act
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

Vol

volume

W.L.R.

The Weekly Law Reports

ZPO

Zivilprozessordnung

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. **Barraclough, A., Waincymer, J.** Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. – Melbourne Journal of International Law 2005/6, pp 205-243. Available at: <http://cclsr.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf> (01.05.2014).
2. **Basedow, J., Hopt, K. J., Zimmermann, R., Stier, A.** (eds.). Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol II. Oxford: Oxford University Press: 2012.
3. **Bělohlávek, A. J.**, The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration. In M. Roth, M. Giestlinger, (eds.). Yearbook of International Arbitration. Vienna-Graz: 2012, pp 21-50. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2193907 (01.05.2014).
4. **Berger, K. P.** The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria. The Netherlands: Kluwer Law International 2010.
5. **Bertrand, E.** L'amiable composition. – Rapport du Groupe de travail du Comité français de la CCI. – International Business Law Journal 2005/6, pp 753-770.
6. **Blessing, M.** Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration. – Journal of International Arbitration 1997/4, pp 23-40.
7. **Born, G. B.** International Commercial Arbitration, Vol 1. Amsterdam: Kluwer Law International 2009.
8. **Calliess, G.-P.** Rome Regulations. Commentary On The European Rules Of The Conflict Of Laws. The Netherlands: Kluwer Law International BV 2011.
9. **Chukwumerije, O.** Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. – African Journal of International and Comparative Law 1993/3, pp 561-580.
10. **Craig, P., Búrca, G.** EU Law: Text, Cases, and Materials. New York: Oxford University Press 2011.
11. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law Report on the Arbitration Bill Ch. 2 (DAC Reports), February 1996. Available at: <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247298353443&ssbinary=true> (01.05.2014).

12. **Dickinson, A.** The Rome II Regulation: the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Oxford: Oxford University Press 2008.
13. **Dickinson, A.** Third-country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu? – Journal of Private International Law 2007/1, pp 53-88.
14. **Drličková, K.** The Law Applicable to Arbitration Agreements – “Lex Arbitri” or “Lex Causae” of the Principal Contract? In Bělohlávek, A. J., Filip, Č., Rozehnalová, N. (eds.). Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives), Vol III. Huntington, New York: Juris 2013, pp 71-87.
15. **Edlin, D. E.** (ed.). Common Law Theory. United States of America: Cambridge University Press 2007.
16. **Finizio, S.** The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012, 9th ed., A practical cross-border insight into International arbitration work. London: Global Legal Group 2012.
17. **G. Petrochilos.** Procedural Law in International Arbitration. New York: Oxford University Press 2004.
18. **Gaillard, E.** Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making. – Arbitration International 2001/1, pp 59-72.
19. **Giuliano, M., Lagarde, P.** Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. – Official Journal of the European Communities. No. C 282/1, 31.10.80, pp 11-12. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1980:282:0001:0050:EN:PDF> (01.05.2014).
20. **Grigera Naón, H. A.** Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration. Tübingen: Mohr 1992.
21. **Grimm, A.** Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration. – SchiedsVZ 2012/4, pp 189-200.
22. **Harris, B., Planterose, R., Tecks, J.** The Arbitration Act: A Commentary, 4th ed., Cornwall: Blackwell Publishing 2008.
23. **Harris, J.** Mandatory Rules and Public Policy under Rome I Regulation. In Ferrari, F., Leible, S. (eds.). Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe. Munich: Sellier. European Law Pub 2009, pp 269-342.
24. **Holtzmann, H. M., Neuhaus, J. E.** A Guide To the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Deventer,

- Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Instituut 1989.
25. **Jankelevitš, R.** Avalik kord ja imperatiivsed sätted rahvusvahelises eraõiguses. – *Juridica* 2002/7, lk 479-486.
 26. **Kröll, S.** Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application. – *Journal of Law and Commerce* 2005/1, pp 39-57.
 27. **Kull, I.** Euroopa ühine müügiõigus – uus instrument Euroopa lepinguõiguses. – *Juridica* 2013/3, lk 151-162.
 28. **Kull, I., Hussar, A.** *Lex mercatoria* – kas võimalus globaalse õigussüsteemi loomiseks? – *Juridica* 2002/1, lk 58-68.
 29. **Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S.** *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, New York: Kluwer Law International 2003.
 30. **Mayer, P.** Mandatory Rules of Law in International Arbitration. – *Arbitration International* 1986/4, pp 274-293, 322.
 31. **Mustill, M.** *New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*. – *Arbitration International* 1988/2, pp 86-119.
 32. **Nurmela, I. Almann, L., Punison, P., Pöldvere, P.-M., Tuulas, V., Vainomaa, M.** *Rahvusvaheline eraõigus*. Tallinn: Juura 2008.
 33. **Nurmela, I.** Välisriigi õiguse kohaldamine. – *Juridica* 2002/4, lk 254-260.
 34. **Pohla, A.** UNCITRAL-i mudelseadus kui võimalik alus Eesti vahekohtu seaduse vastuvõtmisel. – *Juridica* 1995/5, lk 206-209.
 35. **Pryles, M.** Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. – *University of New South Wales Law Journal* 2008/1, pp 319-329.
 36. **Pöldvere, P.-M.** Kaheksa aastat mudelseadust: kas Eesti vahekohtumenetlus vastab mudelile? – *Juridica* 2014/I, lk 17-33.
 37. **Raoul-Duval, P.** English and French Law: The Search for Common Principles. – *International Business Lawyer* 1997/4, pp 181-182.
 38. **Redfern, A., Hunter, M., et al.** *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell 2004.
 39. Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session (A/40/17), Vienna, 3-21, June 1985. Available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement> (01.05.2014).

40. **Reymond, C.** The Channel Tunnel Case and the Law of International Arbitration: Case Comment. – Law Quarterly Review 1993/109, pp 337-342.
41. **Rubino-Sammartano, M.** *Amiable Compositeur* (Joint Mandate to Settle) and *Ex Bono et Aequo* (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited. – Journal of International Arbitration 1992/1, pp 5-16. Available at: http://www.martindale.com/members/Article_Atachment.aspx?od=1003941&id=1145838&filename=asr-1145840.pdf (01.05.2014).
42. **Rubino-Sammartano, M.** The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine. – Journal of International Arbitration 1993/1, pp 59-66.
43. **Schmitthoff, C. M.** The Unification of the Law of International Trade. In Cheng, C.-J. (ed.), Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers 1988 and London: Graham & Trotman 1988, pp 170-187.
44. **Shackleton, S. R.** The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act. – Arbitration International, 1997/ 4, pp 378-379. Available at: <http://www.srshackleton.com/assets/pdfs/Arbitration-International.pdf> (01.05.2014).
45. **Shelkopyas, N.** European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash. – European Business Organization Law Review 2002/3, pp 569-591.
46. **Sheppard, A.** Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. – Arbitration International 2003/2, pp 217-248.
47. **Suchoža, J., Palková, R. H.** Autonomy of Arbitrators – Decision-making on the Basis of *Ex Aequo et Bono*. In Bělohávek, A., Rozehnalová, N. (eds.). Party Autonomy versus Autonomy of Arbitrators. Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol II. Huntington, New York: Juris 2012, pp 253-275.
48. **Symeonides, S. C.** Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect. – University of Toledo Law Review 2014/1. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2356657 (01.05.2014).
49. **Torga, M.** Vahekohtuklausli kehtetuse alused rahvusvahelistes kaubandusvaidlustes, Juridica 2007/6, lk 386-394.
50. **Torga, M.** Õigusabilepingute kohaldamine tsiviilvaidluste lahendamisel Eesti kohtutes. Kohtute aastaraamat 2012, lk 76-81. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.riigikohus.ee/vfs/1467/Kohtute_aastaraamat2012_veeb.pdf (01.05.2014).
51. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku eelnõu 208 SE seletuskiri. Kättesaadav Riigikogu kodulehelt:

http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=033370012 (01.05.2014).

52. **Tweeddale, A., Tweeddale, K.** Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice. Oxford: Oxford University Press 2007.
53. **Walker, J.** Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement. – Journal of Law and Commerce 2005/1, pp 153-165.
54. **Voser, N.** Mandatory Rules of Law As a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration. – The American Review of International Arbitration 1996/7, pp 319-357.
55. **Värv, A.** Lepinguõiguse ühtlustamine Euroopa Liidus. – Riigikogu Kantselei õigus- ja analüüsiosakond, 18.05.2011, nr 6. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/doc.php?87762> (01.05.2014).
56. **Yüksel, B.** The Relevance of the Rome I Regulation To International Commercial Arbitration in the European Union. – Journal of Private International Law 2011/, pp 149-178.

Kasutatud õigusaktid

A) Euroopa Liidu õigusaktid

57. 19. juunil 1980. aastal Roomas allakirjutamiseks avatud lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse konventsioon („Rooma konventsioon“). – ELT C 169, 08.07.2005, lk 11-22.
58. Euroopa Liidu Nõukogu 18.12.1986 direktiiv 86/653/EMÜ füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsevate kaubandusagentide tegevust käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta. – ELT L 382, 31.12.1986, lk 17-21.
59. Euroopa Liidu Nõukogu 22.12.2000 määrus (EÜ) nr 44/2001, kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades („Brüssel I“). – EÜT L, 16.01.2001, lk 1-37.
60. Euroopa Liidu Nõukogu 27. 11.2003 määrus (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 („Brüssel II bis“). – ELT L 338, 23.12.2003, lk 1 - 29.

61. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon (ELTL). – ELT C 326/01, 26.10.2012, lk 47-199. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:326:FULL&from=ET> (01.05.2014).
62. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.07.2007. a määrus (EÜ) nr 864/2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohalduva õiguse kohta („Rooma II“). – ELT L 199, 31.7.2007, lk 40-49.
63. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 17.06.2008 määrus (EÜ) nr 593/2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I“). – ELT L 177/6, 04.07.2008, lk 6-16.
64. Euroopa Ühenduse (EÜ) asutamislepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 321, 29.12.2006, lk 37-186. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229et00010331.pdf> (01.05.2014).

B) Rahvusvahelised aktid ja mudelseadused

65. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf (01.05.2014).
66. Draft Common Frame of Reference 2009 (DCFR). Available at: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (01.05.2014).
67. The Principles Of European Contract Law 2002 (PECL). Available at: <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf> (01.05.2014).
68. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (01.05.2014).
69. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994. Available at: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (01.05.2014).
70. United Nations. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG). Available at:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

(01.05.2014).

C) Institutsionaalsed vahekohtureeglid

71. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Rules. Available at:
http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf (01.05.2014).
72. Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtu reglement. Kättesaadav arvutivõrgus:
http://www.koda.ee/public/Failid/Reglement_2013.pdf (01.05.2014).
73. London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules. Available at:
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx
(01.05.2014).

D) Riigisisesed õigusaktid ning välislepingud

i) Eesti õigusaktid

74. Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades. – RT II 1999, 4, 22.
75. Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades. – RT II 1995, 13, 63.
76. Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades. – RT II 1993, 16, 27.
77. Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. – RT II 1993, 6, 5.
78. Rahvusvahelise eraõiguse seadus. – RT I 2002, 35, 217...RT I 2002, 35, 217.
79. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197... RT I, 09.10.2013, 11.
80. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487... RT I, 29.11.2013, 4.
81. Välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon (mitteametlik tõlge). – RT II 1993, 21, 51.

ii) Välisriikide õigusaktid

82. Holland – Tsiviilkoodeks (Code of Civil Procedure) (Dutch). Unofficial English version. Available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm> (01.05.2014).
83. Itaalia – Tsiviilkoodeks (Code of Civil Procedure) (Italy). Unofficial English version. Available at: <http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Arbitration%20acts/Italian%20Code%20of%20Civil%20Procedure.pdf> (01.05.2014)
84. Saksamaa – Tsiviilkohtumenetluse seadustik (Zivilprozessordnung, ZPO). BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431 ... BGBl. 2007 I S. 1781.
85. Saksamaa – Tsiviilkoodeks (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 ... BGBl. I S. 831.
86. Ühendkuningriik – English Arbitration Act 1996. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (01.05.2014).

Kasutatud kohtupraktika

A) Euroopa Liidu kohtute lahendid

87. ECJ 09.03.1978, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, [1978] ECR-629.
88. ECJ 06.10.1981, 246/80, *C. Broekmeulen v Huisarts Registratie Commissie*, [1981] ECR-2311.
89. ECJ 23.03.1982, 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. K*, [1982] ECR-1095.
90. ECJ 19.11.1991, joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, [1991] ECR I-5357.
91. ECJ 09.02.1994, C-319/92, *Salomone Haim v Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, [1994] ECR I-425.
92. ECJ 14.12.1995, joined cases C-430/93 and C-431/93, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [1995] ECR I-4705.

93. ECJ 05.03.1996, joined cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, [1996] ECR I-1029.
94. ECJ 23.05.1996, C-5/94, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, [1996] ECR I-2553.
95. ECJ 02.04.1998, C-296/95, *The Queen v Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac and others*, [1998] ECR I-1605.
96. ECJ 01.06.1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055.
97. ECJ 09.11.2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*, [2000] ECR I-9305.
98. ECJ 30.09.2003, C-224/01, *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, [2003] ECR I-10239.

B) Riigisiseste kohtute lahendid

i) Eesti kohtulahendid

99. RKTKm 28.03.2002, asjas nr 3-2-1-38-02.
100. RKTKo 15.04.2004, asjas nr 3-2-1-34-04.
101. TlnRnKm 28.02.2007, tsiviilasjas nr 2-06-9525.

ii) Ühendkuningriigi kohtulahendid

102. *Hamlyn & Co. v Talisker Distillery and Others*, 10.05.1894, House of Lords, [1894] A.C. 202.
103. *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA*, 14.07.1970, House of Lords, [1971] A.C. 572, [1970] 3 W.L.R. 389.
104. *Eagle Star Insurance Co Ltd v Yuval Insurance Co*, 04.07.1977, Court of Appeal (Civil Division), [1978] 1 Lloyd's Rep. 357.
105. *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA*, 28.06.1983, Court of Appeal (Civil Division), [1984] Q.B. 291, [1983] 3 W.L.R. 783.
106. *Home and Overseas Insurance Co. Ltd. v Mentor Insurance Co. (U.K.) Ltd. (In Liquidation)*, 09.12.1988, Court of Appeal (Civil Division), [1990] 1 W.L.R. 153.

107. *Regina v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. and Others* (No. 2), 11.11.1990, House of Lords, [1991] 1 A.C. 603.
108. *Union of India v McDonnell Douglas Corp*, 22.12.1992, Queen's Bench Division (Commercial Court), [1993] 2 Lloyd's Rep. 48.
109. *Channel Tunnel Group Ltd. and Another Appellants v Balfour Beatty Construction Ltd. and Others Respondents*, 21.01.1993, House of Lords, [1993] A.C. 334, [1993] 2 W.L.R. 262, [1993] I.L.Pr. 607.
110. *XL Insurance Ltd v Owens Corning*, 28.07.2000, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2001] C.P. Rep. 22, [2001] C.L.C. 914.
111. *Dubai Islamic Bank PJSC v Paymentech Merchant Services Inc*, 27.10.2000, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2001] C.L.C. 173.
112. *Sonatrach Petroleum Corp (BVI) v Ferrell International Ltd*, 04.10.2001, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2002] 1 All E.R. (Comm) 627.
113. *CGU International Insurance Plc v Szabo & Ors.*, 06.11.2001, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2002] C.L.C. 265.
114. *C v D*, 05.12.2007, Court of Appeal (Civil Division), [2008] Bus. L.R. 843, [2008] C.P. Rep. 11, [2007] 2 C.L.C. 930.
115. *Shashoua v Sharma*, 07.05.2009, Queen's Bench Division (Commercial Court), [2009] 1 C.L.C. 716.
116. *Accentuate Limited v ASIGRA Inc (a company incorporated in Canada)*, 30.10.2009, High Court of Justice Queen's Bench Division, [2009] EWHC 2655 (QB).
117. *SulAmérica Cia Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engelharia SA and others*, 16.05.2012, Court of Appeal (Civil Division), [2013] 1 W.L.R. 102, [2012] 2 C.L.C. 216.

iii) Muude välisriikide kohtulahendid

118. Ameerika Ühendriikide apellatsioonikohus – *Parsons Whittemore Overseas Co. Inc. v Société Générale De L'industrie Du Papier (RAKTA)*, 23.12.1974, Court of Appeals, 508 F.2d 969.
119. Saksa Liidu Ülemkohus (*Bundesgerichtshof ehk BGH*) – BGH, 21.09.2005, III ZB 18/05, SchiedsVZ 2005, 306.

Muud materjalid

120. International arbitration survey conducted in 2012 by law firm White & Case.
Available at:
<http://arbitrationpractices.whitecase.com/news/newsdetail.aspx?news=3786>
(01.05.2014).
121. Center for Transnational Law (CENTAL). Systemised catalogue of transnational law.
Available at: <http://trans-lex.org/index.php> (01.05.2014).
122. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta.
KOM(2011) 635 lõplik, 11.10.2011.
123. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I määrus). KOM(2005) 650 lõplik, 15.12.2005.
124. Kaubandus-Tööstuskoja koduleht. Kättesaadav arvutivõrgus:
<http://www.koda.ee/?id=17747> (01.05.2014).
125. Opinion of Advocate General Saggio in case ECJ 01.06.1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*.
126. Opinion of Advocate General Trstenjak in case ECJ 28.06.2007, C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds eV v Commission of the European Communities*.
127. Nimekiri riikidest, mille vahekohtumenetluse seadusandlus põhineb UNCITRAL-i mudelseaduse eeskujul. Available at:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (01.05.2014).
128. Vahekohtu kokkulepete näidised ETKK Arbitraazikohtu kodulehel. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.koda.ee/teenused/arbitraazikohus-2/naidis-arbitraaziklauslid/> (01.05.2014).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Sandra-Kristin Noot,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Võimalused välisriigi õiguse kohaldamiseks Eestis toimivas vahekohtumenetluses“, mille juhendaja on *MJur* Maarja Torga,
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **05.05.2014**